

Paul

~~Paul~~  
282

Antonio K  
\_\_\_\_\_

Paul  
\_\_\_\_\_

70/50

(2<sup>a</sup> 5650)

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA



***LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL  
DERECHO DEL TRABAJO***

Tesis dirigida por el Dr. D. SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid) y presentada por MANUEL CORREA CARRASCO para la obtención del grado de Doctor.

MADRID 1996



## INDICE

INTRODUCCIÓN . . . . .	1.
 PARTE I.- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO . . . . .	 23.
 CAPÍTULO I.- PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS PARA EL ESTUDIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO . . . . .	 24.
1.- INTRODUCCIÓN . . . . .	24.
1.1.- El estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho y sus exigencias metodológicas . . . . .	24.
1.2.- Las insuficiencias de los métodos tradicionales para el estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho . . . . .	28.
2.- PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA METODOLÓGICO: LA NECESARIA "APERTURA SOCIAL" DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA . . . . .	30.
2.1.- El método dogmático como vía de solución: su necesaria renovación . . . . .	33.
2.2.- La integración de estructura y función en el proceso de elaboración de las categorías jurídicas . . . . .	37.
3.- EL MARCO DE ANÁLISIS ADECUADO: LA ELABORACIÓN DOGMÁTICA DE LOS CONCEPTOS DE "DERECHO" Y "FUENTE" . . . . .	43.
3.1.- Un concepto de derecho "adecuado a la sociedad": el derecho como organización . . . . .	45.
3.1.1.- El doble sentido de la concepción de derecho como organización . . . . .	49.
3.1.2.- La esfera intraorganizativa del derecho: la distinción entre "sistema interno" y "sistema "externo" . . . . .	53.
3.2.- Un concepto de fuente "determinado por su función" . . . . .	60.
3.2.1.- Derecho y fuente del derecho: el problema de la creación jurídica . . . . .	60.
3.2.2.- Las insuficiencias de los métodos tradicionales para resolver el problema de las fuentes del derecho . . . . .	63.
3.2.3.- La solución del problema de las fuentes dentro del marco teórico de un sistema "abierto" . . . . .	67.
 CAPÍTULO II.- EL MODELO TEÓRICO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO . . . . .	 77.
1.- INTRODUCCIÓN . . . . .	77.
2.- EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN MATERIAL . . . . .	82.
2.1.- La originaria extraestatalidad del poder social . . . . .	83.
2.2.- La negociación colectiva como manifestación del poder social organizado . . . . .	88.
2.3.- El principio de autonomía colectiva como representación del poder social juridificado . . . . .	98.
2.3.1.- Autonomía colectiva y soberanía . . . . .	100.

2.3.2.- Los elementos estructurales de la autonomía colectiva . . . . .	108.
2.4.- La negociación colectiva como fuente material del derecho . . . . .	117.
3.- EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN FORMAL . . . . .	120.
3.1.- La ley y el sistema formal del fuentes . . . . .	122.
3.1.1.- La superación de la dicotomía monismo/pluralismo . . . . .	122.
3.1.2.- La necesaria separación entre creación y aplicación del derecho: el doble papel de la ley . . . . .	129.
3.2.- La negociación colectiva y el papel del legislador en la organización de la producción normativa . . . . .	139.
3.3.- El convenio colectivo y el papel del legislador en la garantía de su eficacia . . . . .	151.
3.3.1.- El debate teórico sobre la eficacia normativa del convenio colectivo . . . . .	154.
a) La tesis contractualista y sus insuficiencias . . . . .	161.
b) Las tesis intermedias o de transición y sus contradicciones . . . . .	171.
b.1.- La tesis de la delegación . . . . .	171.
b.2.- La tesis de la recepción . . . . .	178.
b.3.- La tesis de la llamada "eficacia real" . . . . .	184.
c) Conclusión: el convenio colectivo como fuente formal del derecho . . . . .	194.
3.3.2.- El significado de la intervención legal sobre la eficacia personal del convenio colectivo . . . . .	206.
PARTE II: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL . . .	215.
CAPÍTULO III.- EL MODELO CONSTITUCIONAL: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 . . . . .	216.
1.- INTRODUCCIÓN . . . . .	216.
2.- LA JURIDIFICACIÓN DEL PODER SOCIAL: LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN . . . . .	222.
2.1.- La incorporación de la autonomía colectiva a la CE como presupuesto necesario . . . . .	222.
2.2.- Autonomía colectiva y sistema de valores . . . . .	224.
2.2.1.- La proyección de la cláusula del Estado Social sobre la parte dogmática de la CE como fundamento directo de la autonomía colectiva . . . . .	226.
2.2.1.1.- El principio de igualdad material . . . . .	229.
2.2.1.2.- El principio de pluralismo social . . . . .	233.
2.2.2.- La dicotomía Estado Social/Estado de Derecho y sus repercusiones sobre la configuración constitucional de la autonomía colectiva . . . . .	242.
2.3.- Los elementos estructurales de la autonomía colectiva en la CE: análisis funcional de su configuración jurídica . . . . .	249.
2.3.1.- La autoorganización como presupuesto básico:	

el reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el poder de los sujetos negociadores . . . .	256.
2.3.1.1.- Significado del reconocimiento constitucional de la libertad sindical . . . . .	256.
2.3.1.2.- Libertad sindical y autonomía colectiva . . . . .	259.
2.3.1.3.- Libertad sindical y titularidad del derecho a la negociación colectiva . . . . .	262.
2.3.1.4.- Conclusión: la necesaria revalorización de la negociación colectiva como actividad objeto de tutela . . . . .	268.
2.3.2.- La autotutela y la constitucionalización del conflicto: el reconocimiento del derecho de huelga como instrumento de integración del poder negocial . . . . .	273.
2.3.2.1.- Significado del reconocimiento constitucional del derecho de huelga . . . . .	273.
2.3.2.2.- Huelga y libertad sindical: los límites de la tesis del contenido esencial . . . . .	277.
2.3.2.3.- Huelga y negociación colectiva: el deber de paz . . . . .	281.
2.3.3.- La autonormación como cauce de expresión de la autonomía colectiva . . . . .	288.
2.3.3.1.- El derecho a la negociación colectiva como "garantía institucional" . . . . .	288.
2.3.3.2.- El contenido del artículo 37.1 CE . . . . .	295.
2.3.3.2.1.- La garantía del derecho a la negociación colectiva . . . . .	301.
2.3.3.2.2.- La garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo . . . . .	305.
3.- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE EN LA CE Y LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN LEGAL EN SU JURIDIFICACIÓN FORMAL . . . . .	309.
3.1.- El significado de la intervención legal en el proceso de juridificación formal de la negociación colectiva . . . . .	310.
3.2.- Modelo legal y modelo constitucional . . . . .	314.
3.2.1.- Los elementos condicionantes de la intervención legal: la contingencia como carácter definitorio del modelo legal . . . . .	316.
3.2.2.- La opción legal por la negociación colectiva de eficacia general a la vista del modelo constitucional . . . . .	320.
3.2.3.- La eficacia directa del artículo 37.1 CE CE y los límites de la intermediación legal . . . . .	330.
3.2.3.1.- Análisis formal: la CE como norma jurídica y su eficacia directa . . . . .	332.
3.2.3.2.- Análisis material: la CE como marco organización del sistema de fuentes y el contenido del artículo 37.1 . . . . .	338.
3.3.- Consecuencias del carácter no decisivo de la intermediación legal . . . . .	348.

<b>CAPITULO IV: EL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO . . . . .</b>	<b>357.</b>
1.- INTRODUCCIÓN . . . . .	357.
2.- EL MODELO LEGAL Y LA CREACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES . . . . .	364.
2.1.- LA CREACIÓN DE NORMAS CONVENCIONALES Y LA LEY . . . . .	364.
2.1.1.- La pluralidad de fuentes formales de origen convencional . . . . .	364.
2.1.2.- La tipicidad de las fuentes convencionales y la intervención del legislador en el proceso creativo . . . . .	369.
2.2.- EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE TÍPICA . . . . .	375.
2.2.1.- El convenio colectivo de eficacia general . . . . .	382.
2.2.1.1.- Garantías subjetivas . . . . .	382.
2.2.1.1.1.- Poder negociador y reglas de legitimación . . . . .	383.
A) La negociación colectiva a nivel de empresa o inferior . . . . .	393.
a) La legitimación inicial o interviniente . . . . .	396.
b) La legitimación complementaria o deliberante . . . . .	401.
B) La negociación colectiva a nivel supraempresarial . . . . .	405.
1) La legitimación sindical: la mayor representatividad como eje del modelo legal . . . . .	406.
a) La legitimación inicial . . . . .	409.
b) La legitimación complementaria . . . . .	414.
2) La legitimación empresarial: los criterios de atribución de la representatividad . . . . .	415.
a) La legitimación inicial . . . . .	415.
b) La legitimación complementaria . . . . .	418.
2.2.1.1.2.- Poder negociador y régimen de adopción de acuerdos . . . . .	420.
2.2.1.1.3.- Poder negociador y obligación de negociar . . . . .	426.
2.2.1.1.4.- Poder negociador y procedimientos de adhesión y extensión de convenios colectivos . . . . .	429.
a) La adhesión . . . . .	432.
b) La extensión . . . . .	433.
2.2.1.2.- Garantías materiales . . . . .	437.
2.2.1.2.1.- Función normativa y contenido convencional . . . . .	437.
2.2.1.2.2.- El contenido convencional en el Título III ET . . . . .	443.
2.2.1.2.2.1.- El convenio colectivo de eficacia general y el contenido mínimo . . . . .	443.
2.2.1.2.2.2.- La intangibilidad del convenio colectivo y el "descuelgue" salarial . . . . .	445.

a) La intangibilidad como presupuesto de normatividad . . . . .	445.
b) El "descuelgue" como excepción legal a la normatividad del convenio . . . . .	448.
2.2.1.2.2.3.- La temporalidad del convenio colectivo y el contenido convencional . . . . .	451.
a) Sucesión de convenios y principio de irretroactividad . . . . .	454.
b) La ultraactividad del contenido normativo . . . . .	457.
2.2.1.2.2.4.- Estructura de la negociación y contenido convencional . . . . .	462.
2.2.1.3.- Garantías formales y validez del convenio como norma . . . . .	470.
2.2.2.- El convenio colectivo de eficacia limitada . . . . .	477.
2.2.2.1.- Las garantías subjetivas . . . . .	477.
2.2.2.1.1.- Las reglas de legitimación . . . . .	477.
2.2.2.1.2.- El deber de negociar de buena fe . . . . .	484.
2.2.2.1.3.- La adhesión y extensión . . . . .	486.
2.2.2.2.- Las garantías materiales . . . . .	489.
2.2.2.3.- Las garantías formales . . . . .	491.
2.3.- LOS ACUERDOS COLECTIVOS COMO GRUPO DE FUENTES TÍPICAS . . . . .	494.
2.3.1.- El acuerdo de empresa . . . . .	498.
2.3.1.1.- La función normativa del acuerdo de empresa . . . . .	501.
a) Participación y negociación colectiva en la empresa . . . . .	506.
b) El acuerdo de empresa en el contexto del sistema de negociación colectiva . . . . .	513.
1.- Consideraciones generales . . . . .	513.
2.- Especial referencia a los "acuerdos derogatorios" o de "descuelgue material" . . . . .	518.
2.3.1.2.- Naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo de empresa . . . . .	532.
2.3.1.3.- Régimen jurídico del acuerdo de empresa . . . . .	536.
a) Garantías subjetivas . . . . .	538.
b) Garantías materiales . . . . .	541.
c) Garantías formales . . . . .	542.
2.3.2.- El acuerdo interprofesional . . . . .	544.
2.3.2.1.- La función normativa del acuerdo interprofesional y su conceptualización jurídica . . . . .	545.
a) Delimitación subjetiva: el acuerdo interprofesional y los pactos sociales . . . . .	547.
b) Delimitación material: el acuerdo interprofesional y el convenio colectivo . . . . .	551.
2.3.2.2.- Naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo interprofesional . . . . .	555.
2.3.2.3.- Régimen jurídico del acuerdo interprofesional . . . . .	559.
a) Garantías subjetivas . . . . .	560.
b) Garantías materiales . . . . .	563.
c) Garantías formales . . . . .	565.

2.3.3.- El acuerdo de fin de conflicto . . . . .	566.
2.3.3.1.- La tipificación jurídica del acuerdo de fin de conflicto como fuente formal del derecho . . . . .	566.
a) Delimitación objetiva: conflicto de intereses y conflictos jurídicos . . . . .	567.
b) Delimitación funcional: acuerdos de fin de conflicto y convenios colectivos . . . . .	570.
2.3.3.2.- La función normativa del acuerdo de fin de conflicto y el papel de la ley . . . . .	572.
2.3.3.3.- Naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo de fin de conflicto . . . . .	574.
2.3.3.4.- Régimen jurídico de los acuerdo de fin de conflicto . . . . .	577.
3.- EL MODELO LEGAL Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES . . . . .	582.
3.1.- GENERALIDADES . . . . .	582.
3.1.1.- El modelo constitucional y la función de la ley en la aplicación de las normas convencionales . . . . .	582.
3.1.2.- La plasmación positiva de la función aplicativa de la ley: los artículos 3 y 4 ET . . . . .	585.
3.2.- LAS RELACIONES ENTRE NORMAS ESTATALES Y NORMAS CONVENCIONALES . . . . .	590.
3.2.1.- Ley y negociación colectiva en la ordenación de las relaciones laborales . . . . .	590.
3.2.1.1.- Las relaciones entre el convenio colectivo y la ley . . . . .	596.
3.2.1.2.- Las relaciones entre convenio colectivo y reglamento . . . . .	602.
3.2.1.3.- Las relaciones entre acuerdo de empresa y normas estatales . . . . .	606.
3.2.1.4.- Las relaciones entre acuerdo interprofesional y normas estatales . . . . .	607.
3.3.- LAS RELACIONES ENTRE NORMAS CONVENCIONALES . . . . .	609.
3.3.1.- Las relaciones entre normas convencionales del mismo rango . . . . .	612.
3.3.1.1.- Las relaciones entre convenios colectivos de eficacia general . . . . .	614.
3.3.1.2.- Las relaciones entre convenios colectivos de eficacia general y de eficacia limitada . . . . .	618.
3.3.2.- Las relaciones entre normas convencionales de diverso rango . . . . .	623.
3.3.2.1.- Las relaciones entre convenio colectivo y acuerdo interprofesional . . . . .	626.
3.3.2.2.- Las relaciones entre convenio colectivo y acuerdo de empresa . . . . .	628.
3.4.- LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES EN EL TIEMPO . . . . .	632.
3.4.1.- La sucesión entre normas de diverso rango . . . . .	636.
3.4.1.1.- La sucesión entre convenio colectivo y ley . . . . .	636.
3.4.1.2.- La sucesión entre convenio colectivo y acuerdo interprofesional . . . . .	638.

3.4.1.3.- La sucesión entre convenio colectivo y acuerdo de empresa . . . . .	640.
3.4.2.- La sucesión entre normas del mismo rango . . . . .	641.
3.4.2.1.- La sucesión entre convenios colectivos . . . . .	642.
3.4.2.1.1.- La sucesión entre convenios colectivos de eficacia general . . . . .	642.
3.4.2.1.2.- La sucesión entre convenios colectivos de eficacia general y de eficacia limitada . . . . .	645.
3.4.2.1.3.- La sucesión entre convenios colectivos de eficacia limitada . . . . .	647.
3.4.2.2.- La sucesión entre acuerdos de empresa . . . . .	650.
3.4.2.3.- La sucesión entre acuerdos interprofesionales . . . . .	653.
CONCLUSIONES . . . . .	659.
BIBLIOGRAFÍA . . . . .	692.

ABREVIATURAS (REVISTAS)

ADC	Anuario de Derecho Civil.
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho.
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif.
AL	Actualidad Laboral.
APhD	Archives de Philosophie du Droit.
AS	Aranzadi Social.
ASC	Archivio di Studi Corporativi.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CEP	Critiques d'Economie Politique.
CLR	Californian Law Review.
DD	Democrazia e Diritto.
DE	Il Diritto dell'Economia.
DEL	Democrazia e Lavoro.
DES	Diritto e Società.
DLA	Diritto del Lavoro.
DL	Documentación Laboral.
DO	Droit Ouvrier.
DS	Droit Social.
EST	Economía y Sociología del Trabajo.
FI	Il Foro Italiano.
GDLRI	Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali.
GS	Gaceta Sindical.
ILJ	Industrial Law Journal.
JCP	Juris-Classeur Practique.
L80	Lavoro 80.
LD	Lavoro e Diritto.
MGL	Massimario della Giurisprudenza del Lavoro.
NDI	Novissimo Digesto Italiano.
PEE	Papeles de Economía Española.
PD	Polittica del Diritto.
PJ	Poder Judicial.
QC	Quaderni Costituzionali
QDLRI	Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCDP	Rivista Critica di Diritto Privato.
RD	Recueil Dalloz.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDP	Rivista di Diritto Privato.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo.
REP	Revista de Estudios Políticos.
RES	Revista de Estudios Sociales.
REST	Revista de Economía y Sociología del Trabajo.
RFDUCM	Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
RGL	Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale.
RI	Relaciones Industriales.
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé.
RIDL	Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.
RIT	Revue Internationale de Travail.
RL	Relaciones Laborales.
RPS	Revista de Política Social.



<b>RT</b>	<b>Revista de Trabajo.</b>
<b>RTDE</b>	<b>Revue Trimestrelle de Droit Européen.</b>
<b>RTDPC</b>	<b>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.</b>
<b>RTDP</b>	<b>Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.</b>
<b>RTSS</b>	<b>Revista de Trabajo y Seguridad Social.</b>
<b>SL</b>	<b>Sociologia del Lavoro.</b>
<b>ST</b>	<b>Sociologie du Travail.</b>
<b>TL</b>	<b>Temas laborales.</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo en nuestro ordenamiento jurídico<sup>1</sup>, pretensión que, como es evidente, exige delimitar puntualmente tanto sus presupuestos metodológicos como la estructura sistemática en la que se ha de desglosar el análisis.

En términos generales, se puede decir que la trascendencia de la negociación colectiva como fenómeno social está fuera de toda duda, superando, con creces, los límites de lo estrictamente jurídico. No se aporta nada nuevo al poner de manifiesto que uno de los principales barómetros para medir el nivel de madurez democrática de una sociedad está representado, precisamente, por el grado de desarrollo y consolidación alcanzado por la práctica negocial, exponente significativo de la voluntad y capacidad de sus miembros para progresar mediante las vías del diálogo y del entendimiento.

---

<sup>1</sup> Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá al respecto, y a efectos meramente aclaratorios, es posible avanzar que la expresión "fuente del derecho" va a ser utilizada en sentido material, es decir, haciendo referencia directa a los centros de poder normativo. En este sentido, la negociación colectiva como fuente debe ser entendida no como un simple procedimiento de formalización de acuerdos más o menos vinculantes, sino, más ampliamente como organización de una serie de elementos de diversa índole, a través de los cuales, los fuerzas sociales y económicas encuentran un cauce de autocomposición de los conflictos dimanantes de sus intereses contrapuestos, que se concreta en la emanación de normas jurídicas (convenios colectivos). Teniendo en cuenta la clasificación efectuada por ALONSO OLEA (Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la Constitución), CIVITAS-MADRID, 1990; p. 19, la negociación colectiva sería considerada como fuente "en sentido propio", es decir, en clara alusión al poder normativo subyacente a toda norma jurídica. La organización o encauzamiento de ese poder es, pues, el objeto de estudio necesario, por lo que el simple examen de la norma producida (convenio colectivo), quedaría rápidamente desbordado. Esta necesidad de comprensión global del fenómeno, inevitable, por otra parte, para comprender su compleja y problemática dimensión jurídica, ha sido puesta de manifiesto por ALONSO OLEA, op. cit., p. 113, que mediante la expresión "derecho de los convenios colectivos", hace referencia "tanto a éstos... como (al) proceso complejo y largo a través de los cuales se llega a ellos, expandiéndose incluso hasta abarcar los entes asociativos que los celebran y los instrumentos típicos, incluidos los conflictos, que éstos utilizan en la negociación".

La juridificación de este tipo de prácticas, es decir, su incorporación contextualizada en el ordenamiento jurídico, ha marcado un hito histórico en la evolución del derecho como instrumento de integración social. Siendo esta su principal función, la inclusión en sus coordenadas estructurales de un mecanismo con tal potencialidad autorreguladora se mostraba ineludible. Pero, al mismo tiempo, ha supuesto un evidente cambio en la propia dimensión de lo jurídico. La relación Estado/sociedad se ha de ver directamente alterada por este hecho, cuya redefinición es fácilmente perceptible mediante el simple estudio de las claves evolutivas del constitucionalismo moderno<sup>2</sup>. En este sentido, el paso del Estado Liberal al Estado Social no es ajeno al subyacente redimensionamiento de lo jurídico y, concretamente, al reconocimiento del poder normativo de los sujetos sociales como una de las principales consecuencias que se deducen del pluralismo social y político sobre el que aquél se asienta.

La configuración de la negociación colectiva como fuente de producción normativa, por tanto, conlleva la necesidad de establecer los equilibrios institucionales precisos para que despliegue toda su potencial función integradora. La autolimitación que, al efecto, se impone a la actuación estatal, no va en detrimento de su importante papel directivo de la sociedad (indirizzo político) hacia la consecución de los fines y objetivos marcados. Pero supone, ineludiblemente, una reducción efectiva de su protagonismo en el cumplimiento de esta labor, función en la que ahora ha de concurrir con la negociación colectiva.

---

<sup>2</sup> Un claro entendimiento del significado del derecho colectivo laboral en general, y de la autonomía colectiva como eje fundamental del mismo en particular, no podrá prescindir de esta evolución, claramente orientada hacia la consagración de la relevancia jurídico-normativa de la constitución. En el plano concreto de la teoría de las fuentes, dicha relevancia traerá como consecuencia más importante el hecho de que la organización del sistema de fuentes, consistiendo en una distribución material del poder normativo, se efectúe, de forma más o menos explícita, en el texto constitucional, lo que se traducirá en la supeditación de todas las fuentes, y señaladamente la ley, a la norma suprema.

De este modo, la complejidad que presenta el estudio de la negociación colectiva trae causa, precisamente, de su originaria condición de fenómeno social y del hecho de que, siendo relevante para el derecho y, por tanto, con vocación de integración en el ordenamiento jurídico, debe someterse al necesario proceso de juridificación<sup>3</sup>. En efecto, evidenciada en el plano fáctico su funcionalidad para la ordenación autónoma de un sector de la realidad social tan importante como el de las relaciones laborales, se hace imprescindible saber cuál deba ser su ubicación exacta en la estructura de un ordenamiento jurídico dado. Para ello, será preciso abordar complejos problemas<sup>4</sup> que, aunque no de manera

---

<sup>3</sup> Entendiendo por tal, el proceso mediante el cual, dentro de un determinado ordenamiento jurídico, se le otorga significación a un fenómeno o hecho social que, hasta entonces, había sido ignorado. Ello supone, sin duda, la necesidad de buscar una incardinación adecuada para el nuevo concepto o institución dentro del sistema jurídico, estableciéndose, en consecuencia, todo un complejo nudo de relaciones con las distintas partes de éste. Dependerá del grado de asimilación de cada sistema jurídico -variable dependiente, a su vez, del nivel de elaboración y depuración conceptual presente en la ciencia jurídica- que la integración de la institución sea más o menos traumática, lo que, a la postre, revelará su propia capacidad de respuesta a las exigencias racionalizadoras del propio fenómeno o hecho social (v., al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO/DEL REY GUANTER: "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley" en Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, MPCA-CORDOBA, 1983; p. 27 ss.). En cualquier caso, sean cuales sean las diferentes soluciones que en cada ordenamiento se otorgue, que puede llegar a relativizar la propia noción de negociación colectiva, siempre es posible intentar hallar, a nivel de principio, un mínimo común denominador sobre la naturaleza y función de la institución. El derecho internacional del trabajo es un ejemplo ilustrativo de lo afirmado. En efecto, como señala VÁLTICOS ("Las normas internacionales sobre la negociación colectiva" en Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco de Ferrari, MONTEVIDEO, 1973; p. 198), ha sido posible la formulación de normas sobre la negociación colectiva capaces de contener "algunos principios directivos", y ello a pesar de "conservar cierto grado de generalidad".

<sup>4</sup> Dicha complejidad ha sido puesta de manifiesto de forma reiterada por la doctrina, dentro y fuera de nuestro país. En este sentido, son significativas las afirmaciones de ALONSO OLEA (Las fuentes del derecho...cit., CIVITAS-MADRID, 1990, p. 38) poniendo en evidencia "los problemas básicos que el artículo 37 (CE) plantea", dificultan la actividad investigadora "por lo desmesurado que resultaría el empeño (de) abordar la temática toda del convenio colectivo como fuente del derecho". Sobre "las dificultades que comporta la elaboración de la teoría jurídica en cuestión", puestas de manifiesto por los esfuerzos teóricos llevados a cabo desde principios de siglo, v. ALIPRANTIS, La place de la convention collective dans la hierarchie des normes, LGDJ-PARIS, 1980; p. 8. Igualmente VARDARO (Contrattazione collettiva e sistema giuridico, JOVENE-NAPOLI, 1984; p. 133), refiriéndose a "la relación entre ley y negociación colectiva", y, poniendo énfasis en su problematización, acabará calificándola como "el mayor (y el más antiguo) interrogante teórico del derecho del trabajo". La razón de ello, según SCOGNAMIGLIO ("Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro" en RDC 71(I), p. 140 ss.), que califica como "ardua materia" el problema en cuestión, es que nos encontramos en un "punto focal de confrontación y conflicto entre conceptos y valoraciones señaladamente divergentes, en consonancia, por otra parte, con las orientaciones ideológicas y las opciones de fondo asumidas por el legislador respecto al mundo del trabajo dependiente (y especialmente a la realidad sindical)" (p. 141).

exclusiva, están focalizados en su relación, nada pacífica, con el poder legislativo, fuente protagonista del ordenamiento en general, y con decisiva incidencia en el mundo de las relaciones laborales<sup>5</sup>.

En la actualidad, la incidencia de los cambios sociales y económicos sobre el derecho del trabajo<sup>6</sup> han afectado, singularmente, a la posición del Estado en materia de negociación colectiva, incrementando de forma notable los niveles de confusión en los que se desenvuelve su relación con la ley<sup>7</sup>. Paradigmático al respecto resulta nuestro sistema legal de negociación colectiva, donde las últimas

---

<sup>5</sup> Aunque la intensidad de esta influencia sea variable en función del ordenamiento jurídico de que se trate, sobre todo cuando corresponden a diferentes culturas jurídicas, como la continental y la anglosajona. En esta última el papel jugado por la ley es, sin duda, de menor alcance. Un examen de la influencia de la intervención legislativa sobre el equilibrio de las fuentes, especialmente importante en la llamada "legislación de la crisis", en MARIUCCI, Le fonti... cit., p. 47 ss. Como señala este autor, una de las características fundamentales de este "neo-intervencionismo" es la coexistencia entre dos modelos distintos de utilización de los instrumentos legislativos: uno, promocional, dirigido a la potenciación de la negociación colectiva como modo más idóneo para la gestión consensuada del mercado laboral; otro, vinculante y autoritario, dirigido al control estatal de los costes laborales (v. infra, Cap. IV). Esta última faceta de la intervención legal pone en entredicho las premisas sobre las que, en teoría, se asienta el debate sobre la flexibilidad en los años 80, alimentando, por el contrario, su condición de difusa "magic word", válida para cualquier justificación (MARIUCCI, op. ult., cit., p. 50 ss.).

<sup>6</sup> Sobre la llamada "crisis del derecho del trabajo", v. los famosos ensayos de SINZHEIMER (hoy traducido al castellano en el volumen recopilatorio dedicado a la obra el autor, Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo, IELSS-MADRID, 1984; p. 87 ss.), donde pone de manifiesto, de forma resignada, hasta qué punto la efectividad del derecho del trabajo necesita de un determinado nivel de desarrollo económico. De ello se deriva, como afirma ERD ("Hugo Sinzheimer (1875-1945): un appello alla liberazione dell'uomo" GDLRI 44/89,; p. 643 ss.), que "el derecho del trabajo se encuentra en una relación indisoluble de tensión entre la aspiración de libertad humana y la coyuntura económica" (p. 653). En este sentido, LYON-CAEN ("La crise actuelle du droit du travail" en Le Droit capitaliste du travail, PUG-GRENOBLE, 1980; p. 255 ss.) pone en evidencia cómo los vaivenes producidos por las crisis económicas son elementos característicos de la evolución histórica del derecho del trabajo (p. 260). Asimismo, señalando la modulación conceptual de la disciplina que provoca esta serie cíclica de crisis económicas, v. VARDARO: "Quali prospettive per la doctrina giuslavoralista degli anni '80?" PD 83/1, p. 20 ss. .

<sup>7</sup> En efecto, es constatable cómo con la crisis económica dicha problemática se agudiza, ya que el poder público amplía su capacidad de intervención en las relaciones de trabajo, bajo el genérico expediente de actuar "en el nombre del interés público" (VENEZIANI: Stato e autonomia collettiva, CE-BARI, 1992; p. 39). Esto ha provocado lo que GIUGNI llama "carácter aluvional" de la normativa laboral, siendo esta, sin duda, una de las razones del exceso de complejidad que presenta esta rama jurídica que, sin embargo, no deben justificar una renuncia dogmática a su ordenación sistemática (MARIUCCI, Le fonti... cit., p. 16-17).

reformas legislativas, lejos de atenuar, han incrementado las necesidades explicativas que ya se venían demandando con anterioridad<sup>8</sup>.

Por ello, a pesar de que el fenómeno de la negociación colectiva laboral puede ser estudiado desde diferentes perspectivas, la perspectiva de las fuentes es la que se nos revela con mayor potencialidad explicativa para el correcto entendimiento de los complejos problemas, teóricos y prácticos, que el estudio de su integración jurídica suscita<sup>9</sup>. La idoneidad de este enfoque se debe, fundamentalmente, a dos razones. En primer lugar, porque la consideración de la negociación colectiva como fuente del derecho no constituye una mera hipótesis de partida que haya que verificar mediante complicados procesos analíticos. Antes al contrario, se trata simplemente de la constatación de un dato incuestionable: su potencialidad ordenadora, es decir, la capacidad de los sujetos colectivos de llevar a cabo una autocomposición de sus intereses mediante la creación de una norma jurídica. De este modo, el carácter de fuente del derecho constituye, por tanto, el rasgo esencial y

---

<sup>8</sup> V., en este sentido, los trabajos de GONZÁLEZ ORTEGA: "La reforma de la negociación colectiva", en el volumen colectivo correspondiente a las V Jornadas Catalanas de Derecho Social, La reforma laboral de 1994, MP-MADRID, 1994; p. 335 ss.); de RODRÍGUEZ-PINERO/GONZÁLEZ ORTEGA: "Derecho legal y tutela colectiva en la ley 11/1994" en, Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García, AEDTSS (MP)-MADRID, 1995...; de FERNÁNDEZ LÓPEZ: "El papel del convenio colectivo como fuente del derecho tras la reforma de la legislación laboral" (ponencia presentada a las XIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo), AL 6-7/95, p. 87 ss.); asimismo, son interesantes las colaboraciones sobre el tema aparecidas en el volumen colectivo que la revista "Relaciones Laborales" dedica a La reforma del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY-MADRID, 1994), en especial, la de los profesores, CASAS BAAMONDE: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos" (p. 292 ss.); y PALOMEQUE LÓPEZ: "El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo" (p. 246 ss.); de ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa" y de HUERTAS BARTOLOMÉ: "La reforma institucional de la negociación colectiva: primeras valoraciones", ambos en el volumen colectivo, La reforma del mercado de trabajo, LEX-NOVA, VALLADOLID, 1994 (pp. 37 ss. y 585 ss., respectivamente); de MARTÍNEZ ABASCAL: "La relación ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del derecho del trabajo a la dimensión de la empresa?", Comunicación presentada al V Congreso Nacional de DTSS, PAMPLONA, 1994.

<sup>9</sup> Para MARIUCCI (Le fonti... cit., p. 6) constituye, sin duda, un punto de observación privilegiado para la comprensión del fenómeno.

definitorio de la negociación colectiva y el que mejor da cuenta de su función en el sistema jurídico. Por otra parte, si tenemos en cuenta que la mayoría de los problemas prácticos que se plantean en torno a la negociación colectiva, a pesar de concretarse en problemas aplicativos, se deben a deficiencias presentes en su configuración jurídica (señaladamente, naturaleza y eficacia de los diversos productos de la negociación colectiva), la solución de los mismos pasa por su planteamiento en un marco analítico lo suficientemente globalizador como para que todos esos problemas puedan ser contextualizados. En este sentido, la teoría de las fuentes nos proporciona una atalaya privilegiada para contemplar el fenómeno en toda su extensión y, además, conectado con todos los elementos esenciales de su entorno relevantes para su propia configuración.

Como punto de partida, es preciso tener en cuenta que la posición relativa de la negociación colectiva como fuente dentro del ordenamiento jurídico se define básicamente por su relación con la ley<sup>10</sup>. De ahí que sea comprensible la centralidad que esta relación ha de ocupar en nuestro trabajo. De este modo, y sin perjuicio de que problemas tales como la eficacia de los diversos productos de la negociación colectiva (acuerdos, convenios colectivos extra o estatutarios) en la ordenación de la relación individual de trabajo, sólo van a ser resueltos mediante su reconducción al contexto teórico de la relación tripolar ley/autonomía colectiva/autonomía individual, no hay que olvidar que la relación de la autonomía individual con los respectivos poderes normativos no plantea especial dificultad desde la

---

<sup>10</sup> Como acertadamente señala MARIUCCI (La contrattazione collettiva, IL MULINO-BOLOGNA, 1985; p. 13), "el indicador más vistoso de la serie de cambios producidos, también, aunque no siempre comprendido del todo, respecto a la estructura real de la negociación, es seguramente el constituido por la relación entre esta última y el ordenamiento jurídico, esto es, por las variables formas de relación entre ley, negociación y actividad sindical en general". Sobre la "ineluctable clarificación", en términos jurídicos de esta compleja relación, v. RAVERAIRA: Legge e contratto collettivo, GIUFFRÈ-MILANO, 1985; p. 13 ss.

perspectiva de las fuentes. En efecto, como quiera que las coordenadas básicas de esas relaciones dependerán, en última instancia, de la relación ley/autonomía colectiva, la posición de respectiva de la autonomía individual será el resultado de los términos en que se establezca la misma.

Delimitado así, en sus líneas generales, la problemática objeto de estudio, es preciso, sin embargo, poner de relieve la importancia de la cuestión metodológica para el adecuado tratamiento de los problemas que de él se derivan. La complejidad que suscita la especial naturaleza del objeto de estudio, caracterizada por el planteamiento de problemas prácticos que, sin embargo, sólo son resolubles desde enfoques teóricos lo suficientemente omnicomprensivos, plantea la necesidad de continuas idas y venidas desde el análisis de la realidad fáctica a la síntesis que exige toda construcción jurídica. Este tipo de operaciones requiere de un marco de análisis adecuado a las exigencias que se derivan de la dimensión del objeto de estudio. Para ello, debe ser lo suficientemente operativo para "maniobrar" holgadamente, es decir, sin ningún tipo de contricciones que pudieran venir de apriorismos conceptuales excesivamente formalistas.

La ausencia de este marco teórico, verdadera asignatura pendiente del derecho del trabajo, tiene especial incidencia en lo que podríamos llamar su "vertiente colectiva"<sup>11</sup>. Precisamente es aquí donde sus peculiaridades se hacen más diáfanas, y, por ello, donde se requieren mayores esfuerzos para construir un conjunto sistematizado de respuestas a las demandas de racionalización jurídico-formal que plantean en la actualidad las relaciones colectivas de trabajo.

---

<sup>11</sup> Es decir, la que está integrada por el conjunto de instituciones referidas a la actividad de los trabajadores y empresarios en tanto sujetos colectivos (libertad sindical, huelga y negociación colectiva).



El estudio de la negociación colectiva constituye, sin duda, el ejemplo más paradigmático de los problemas que suscitan las mencionadas carencias. Su incardinación en el sistema de fuentes de derecho del trabajo como procedimiento concebido para la producción normativa, fruto del ejercicio de la autonomía colectiva de los sujetos sociales, supuso una verdadera "revolución" para los tradicionales esquemas del análisis jurídico. El anclaje de éstos en los rígidos moldes de la dogmática iusprivatista, hizo que devinieran inútiles para efectuar la integración, mediante la correspondiente labor reconstructiva, de los nuevos fenómenos sociales<sup>12</sup>. La emergente relevancia jurídica de la negociación colectiva, una vez constatada su trascendencia social, a duras penas encontraba respuestas, a la postre siempre insatisfactorias, en la dogmática tradicional, incapaz de procesar las nuevas y delicadas cuestiones que se planteaban<sup>13</sup>.

En efecto, si bien es verdad que el grado de confusión que rodea el debate acerca de la fundamentación jurídica de la negociación colectiva se agudiza en épocas turbulentas como las actuales, a lo que contribuye, además, el carácter aluvional de las intervenciones legislativas, concretada en sucesivas, y no siempre bien trabadas, reformas legislativas, ello no significa que se trate de un problema nuevo<sup>14</sup>. Antes

---

<sup>12</sup> En efecto, como acertadamente señala G. LYON-CAEN ("Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail", RTDC-74, p. 230-231) "la elaboración de un Derecho del trabajo autónomo requiere, de forma preliminar, un abandono de algunos términos y de algunas nociones mecánicamente transpuestas: consentimiento, partes, obligaciones recíprocas, sinalagmatismo...".

<sup>13</sup> Denunciando esta "inadaptación de los mecanismos civilistas", LYON-CAEN (art. ult. cit., p. 232-233) se pregunta si, realmente "¿la aparición misma del Derecho del trabajo no ha tenido por exclusivo significado restringir los efectos de las normas de Derecho civil?". En conclusión, no deja de sorprender la "extraña relación dialéctica (que) se establece entre la legislación de trabajo, fundada en oposición a los principios generales del Derecho civil, y los principios generales del Derecho civil llamados de refuerzo para hacer triunfar una cierta interpretación de esta misma legislación de trabajo".

<sup>14</sup> En este sentido, MENGONI ("Legge e autonomia collettiva", MGL-80, p. 692), para el cual, "la relación entre ley y autonomía colectiva es un tema clásico del derecho del trabajo que, sin embargo, no ha sido aún suficientemente explorado".

al contrario, constituye una de las cuestiones más clásicas del derecho del trabajo, tal y como se desprende de la tradicional preocupación doctrinal de que ha sido objeto<sup>15</sup>, que, por irresuelta, llega indemne hasta nuestros días<sup>16</sup>. La aludida falta de un marco de análisis teórico consituye, sin duda, una de las principales razones que explican esta situación. De ahí la necesidad de encontrar las premisas analíticas para su elaboración lo que, en definitiva, hace que el problema metodológico devenga la cuestión preliminar a resolver.

La selección del método adecuado tendrá, por tanto, un doble valor. Por un lado, señalará la vía de investigación más acorde con la naturaleza del objeto de estudio; por otro lado, pondrá en evidencia las insuficiencias de las diferentes alternativas metodológicas que han sido comúnmente utilizadas al efecto, ofreciendo las pistas que nos permitirán, posteriormente, una comprensión crítica de las tesis más importantes que se han ido elaborando desde que,

---

<sup>15</sup> Es fácil constatar como desde los albores del derecho laboral, uno de los grandes retos a los que se enfrentó la doctrina fue el de dilucidar el "fundamento jurídico-doctrinal" de estos especiales instrumentos autónomos de regulación colectiva de las condiciones de trabajo. En este sentido, v. GALLART Y FOLCH: Convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas, BOSCH-BARNA, 1932, esp. pp. 59 ss., donde se hace un interesante y panorámico recorrido de las primeras elaboraciones teóricas sobre la materia. Asimismo, BRETHE: De la nature juridique de la convention collective de travail, Tesis doctoral, BURDEOS-1921. Asimismo, la importancia de la institución dentro de la disciplina laboral ha sido puesta de manifiesto por el profesor RODRÍGUEZ-PIÑERO (Eficacia general del convenio colectivo, US-SEVILLA, 1960), que constata cómo "en el convenio colectivo cabe decir que se da enteramente toda la problemática del Derecho del trabajo" (p. 15).

<sup>16</sup> Son especialmente significativos al respecto los esfuerzos constructivos desplegados por la doctrina italiana, donde destacan, especialmente, los trabajos de GIUGNI: Introduzione allo studio dell' autonomia collettiva, GIUFFRÉ-MILANO, 1977; MARIUCCI: La contrattazione collettiva, IL MULINO-BOLOGNA, 1985; y . En la doctrina francesa, es especialmente relevante la monografía de ALIPRANTIS: La place de la négociation collective dans la hierarchie des normes, LGDJ-PARIS, 1980, además de la obra, ya más general, de DESPAX: Négociations, conventions et accords collectifs, DALLOZ-PARIS, 1989. En nuestro país, hay que resaltar, entre otros, los trabajos de GARCÍA-PERROTE: Ley y autonomía colectiva, MTSS-MADRID, 1987; y, últimamente, MERCADER UGINA: Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios, CIVITAS-MADRID, 1994.

en los albores del derecho del trabajo<sup>17</sup>, se percibiese la necesidad de otorgar racionalidad jurídico-formal a un fenómeno social, la negociación colectiva, que necesitaba hacer valer, sobre el plano jurídico, su indiscutible relevancia en el plano social<sup>18</sup>.

En general, hay que partir de la base de que la relación entre fuentes autónomas y heterónomas en la ordenación de las relaciones laborales puede contemplarse, básicamente desde tres planos distintos. En primer lugar, desde el plano de la más estricta legalidad, donde sólo se tengan en cuenta las coordenadas marcadas por la ley en la configuración del régimen jurídico de la negociación colectiva. Se trataría, por tanto, del examen del llamado "derecho de los convenios colectivos". En segundo lugar, es posible ascender un peldaño en el nivel de abstracción y situar nuestro análisis en un plano que podríamos demonimar de supralegalidad, de manera

---

<sup>17</sup> Hay que destacar que el proceso de juridificación de la negociación colectiva ha corrido parejo al propio desarrollo del derecho laboral como disciplina autónoma, siendo, no sólo una de sus instituciones "insignia", sino también, en algunos casos, el principal catalizador del progreso de las relaciones laborales. Al mismo tiempo, ambos fenómenos, estrechamente relacionados entre sí, no son ajenos a la simultánea evolución del concepto de derecho que, dejando atrás los estrechos cauces de un liberalismo de claro matiz privatista, coincidentes con la etapa codificadora, va incorporando de forma paulatina elementos estructurales nuevos que, fruto de los cambios acaecidos en la realidad socioeconómica, terminarán modulando profundamente su fisonomía.

<sup>18</sup> Como posteriormente se verá con mayor detenimiento, será SINZHEIMER quien protagonizará los primeros intentos constructivos de una noción jurídica unitaria de negociación colectiva, capaz de traducir en "racionalidad formal" la immanente "racionalidad material" del fenómeno, habida cuenta de su falta de tipificación jurídica. Para ello, como pone en evidencia VARDARO (*Contrattazione...* cit., p. 2 y ss.), recurrirá al "derecho estatal vigente y, en primer lugar, al contenido en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (código civil)". No obstante, hay que tener en cuenta que el recurso del mencionado autor al derecho privado tiene carácter transitorio y meramente instrumental. En efecto, la valoración de su obra, que constituye el primer esfuerzo de encuadramiento teórico para reconstruir la estructura y función jurídica del convenio colectivo, hay que efectuarla, no obstante, desde el punto de vista metodológico. Como señala VARDARO (op. cit., p. 13), la mayor aportación de su obra es que "contiene, además, las fundamentales premisas metodológicas para trasladar sobre el plano formal la tipicidad social del convenio colectivo". Estos primeros intentos teorizadores no estarán exentos de una clara oposición por parte de sectores doctrinales formalistas (señaladamente, HUECK/NIPPERDEY: *Compendio de Derecho del Trabajo*, EDESA-MADRID, 1963; p. 22), que, considerando la escasa entidad del fenómeno, le negarán toda tipicidad social y jurídica. De este modo, la irrelevancia para el formalismo jurídico del convenio colectivo tendrá como consecuencia que se descarte plenamente que pueda tener una verdadera "autonomía tipológica": las manifestaciones de la autonomía colectiva no diferirán, en absoluto, de un "contrato privado". Sobre la contrastada "pobreza cognoscitiva" de este tipo de posiciones, v. *infra*.

que sea posible concebir la existencia de un referente obligado para el legislador a la hora de establecer tanto la configuración jurídica de la negociación colectiva, como las consecuentes relaciones que pueden deducirse entre una y otra fuente. La existencia de ese plano de supralegalidad, encarnado por la norma fundamental, supone, per se, el sometimiento del legislador a ciertas limitaciones, en concreto, las dimanantes de un modelo preconcebido al que debe respetar, a pesar de contar con una eventual capacidad para determinar su perfil definitivo. Esto presupone la existencia de "modelos" de negociación colectiva referidos a concretas experiencias, perfectamente identificables con la realidad de cada país y definidas por una serie compleja de variables culturales, históricas, sociales, económicas y políticas conformadoras de un determinado ordenamiento jurídico. En tercer lugar, subiendo un nuevo eslabón en la cadena abstractiva, podría concebirse la posibilidad de extraer una serie de rasgos comunes a todos esos modelos constitucionales de negociación colectiva, con el fin de construir un concepto general, ahistórico y extratemporal, es decir, una categorización de la institución como tal. La utilidad de dicha abstracción vendría dada por la posibilidad de desarrollar elaboraciones teóricas con la solidez argumental que proporciona partir de puntos de referencias claros para someter a examen la realidad, sin que ello suponga, en ningún caso, el sacrificio de la propia realidad.

El estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo de nuestro ordenamiento jurídico puede tener en cuenta, indistintamente, uno, dos o los tres niveles de análisis que hemos aludido. Como se ha apuntado, se trata de una elección que viene condicionada por otra anterior de índole estrictamente metodológica. En efecto, aun teniendo la misma pretensión de realizar un análisis globalizador, el estudio del que podríamos denominar "modelo español de

negociación colectiva" podrá efectuarse desde el primero o desde el tercero de los niveles enunciados dependiendo de la perspectiva metodológica utilizada, o, lo que es lo mismo, de la concepción de derecho de la que se parta<sup>19</sup>.

De este modo, para los antidogmáticos o positivistas el único examen posible es el que se sitúa en el primer nivel. En efecto, si partimos de la base de que la labor del jurista debe limitarse a la mera exégesis de la legalidad positiva, ámbito en el cual queda constreñido lo jurídico, su análisis no podría sobrepasar los límites del llamado "derecho de los convenios colectivos". Ello significaría que nuestro estudio sobre la negociación colectiva debería tener como objeto exclusivo de conocimiento su configuración legal. Los menos radicales concebirían la existencia de un reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva; ahora bien, ello no significa de ningún modo concebir la existencia de un "modelo constitucional" al que deba ajustarse el configurado por el legislador, ya que este carece de vinculación alguna a la hora de diseñar el modelo. La constitución como norma superior a lo máximo que puede llegar es a ordenar dicha configuración legal pero nunca a predeterminarla: la omnipotencia de la ley no pierde un ápice. Ni que decir tiene que el tercer nivel resulta totalmente extraño desde esta perspectiva: no existen "modelos ideales", sino sólo "modelos legales". La ciencia jurídica no puede operar con conceptos abstractos ya que no son reales: la realidad jurídica es la realidad legal y, por

---

<sup>19</sup> Simplificando el debate, se puede decir que la ciencia jurídica ha estado tradicionalmente dividida en dos bandos: los llamados, a veces peyorativamente, dogmáticos, por un lado, y los antidogmáticos o positivistas, por otro. Las diferencias entre unos y otros consistían, fundamentalmente, en la definición del ámbito de lo jurídico, lo que indefectiblemente se proyectaba la propia posición del investigador y sobre los límites a los que debía someterse su labor. Para los defensores del positivismo jurídico, los límites venían marcado por el ámbito de lo normativo, de manera que sólo la norma positiva debe ser objeto de estudio por parte del jurista. Para los dogmáticos, la labor del jurista debe ir más allá de la mera exégesis, abarcando la construcción de conceptos y categorías, elementos imprescindibles para que la ciencia jurídica pueda cumplir su función.

lo tanto, sólo son utilizables los conceptos "legalizados".

Desde posiciones que parten de la esencialidad del método dogmático, por el contrario, llegar al tercer nivel sería la consecuencia lógica de un proceso abstractivo que se estiman ineludibles ante las exigencias constructivas que se suscitarían en el primer nivel de análisis<sup>20</sup>. El recurso a la fijación de categorías y conceptos con los que poder operar en términos jurídicos constituye, por tanto, una *conditio sine qua non* para todo acercamiento cognoscitivo. El único modo de comprender el complejo nudo de interrelaciones que se establecen entre la negociación colectiva, como categoría jurídica concreta, y el resto del ordenamiento, como realidad jurídica global, pasa necesariamente por la conceptualización de una y otro: la negociación colectiva como fuente y el ordenamiento jurídico como sistema. Desde una posición dogmática, estos presupuestos son básicos para emprender cualquier análisis con la pretensión de disponer de una mínima virtualidad explicativa. Teniendo en cuenta que éste debe ser el objetivo de toda investigación científico-jurídica, por modesta que ésta sea, se hace evidente la necesidad de operar dogmáticamente, es decir, partiendo de conceptos que dejan traslucir las claves analíticas que los han forjado.

A la vista de lo anterior, parece claro que la discusión metodológica ha de superar la dialéctica dogmatismo/antodogmatismo, por otra parte, poco fructífera y no exenta de una profunda carga valorativa o ideológica, y desplazarse al terreno de la búsqueda de un conocimiento dogmático compatible con las exigencias explicativas de una

---

<sup>20</sup> Estas exigencias estarían en función directamente proporcional al grado de precariedad de la técnica legislativa utilizada para la configuración del modelo legal de negociación. Las últimas reformas son ejemplo de la confusión en la que la negligencia legislativa puede hacer incurrir a todo los operadores jurídicos, señaladamente a los jueces, creando un problema de auténtica inseguridad jurídica.

realidad social en continuo dinamismo que, por ello, necesita de instrumentos cognoscitivos con la suficiente flexibilidad como para ser útiles al efecto<sup>21</sup>. En otras palabras, el debate sobre el método no debe circunscribirse al antagonismo dogmática si/dogmática no, sino que, partiendo de la base de la irrenunciabilidad de las construcciones dogmáticas, plantearse la cuestión de qué tipo de dogmática es la adecuada.

Por tanto, una vez que se afronte el problema metodológico, la búsqueda de respuestas a las demandas explicativas de nuestro modelo de negociación colectiva habrá de pasar, necesariamente, por recorrer de forma sucesiva los tres niveles o fases aludidos. Los resultados que se vayan obteniendo en cada nivel constituirán, en sí mismos, construcciones dotadas de cierta autonomía que pueden ser conceptualizadas como "tipos" o "modelos", que, a su vez, son la plasmación material de los objetivos perseguidos en cada fase. En definitiva, son los imperativos marcados por la opción metodológica efectuada los que definen la ordenación sistemática que ha de seguirse.

De este modo, la primera fase se desarrollará en sede de teoría general, único ámbito donde es posible efectuar la necesaria convergencia de los variados elementos que, inevitablemente, se derivan de las múltiples implicaciones deducibles de la pretensión de examinar la negociación colectiva desde la perspectiva de las fuentes del derecho.

---

<sup>21</sup> No hay que olvidar que uno de los prejuicios más extendidos entre los antidogmáticos consiste en la utilización de la palabra "dogmática" con claras connotaciones peyorativas, aludiendo al tópico del inmovilismo o rigidez de las elaboraciones teóricas basadas en anquilosadas construcciones conceptuales. Ello no obstante, si bien es cierto que algunas corrientes doctrinales incurrieron en este defecto (p. ej., la llamada jurisprudencia de conceptos), hoy día la dogmática jurídica ha sufrido profundas reformulaciones que la apartan de esos lastres históricos, apostando claramente por la su adaptabilidad al dinamismo social, una vez sentado el carácter insoslayable de su concurso para el discurso jurídico-científico. (Cf., al respecto, las interesantes propuestas de autores como LUHMANN: Sistema jurídico y dogmática jurídica, CEC-MADRID, 1983; y de LARENZ: Metodología de la ciencia del derecho, ARIEL-BARCELONA, 1980).

Estas exigencias sólo pueden encontrar cumplida satisfacción dentro de los confines de la teoría general del derecho, espacio propicio para llevar a cabo, con las garantías necesarias, un análisis como el que se propone. El estudio de la negociación colectiva en tanto que fuente del derecho, por la intrínseca complejidad de su problemática, fruto de la variada gama de implicaciones que conlleva, necesita ser situado en su espacio natural<sup>22</sup>. Dicho espacio, resultado de un paulatino, y siempre inacabado, proceso de construcción dogmática llevado a cabo por la doctrina científica<sup>23</sup>, aporta, no sólo su consolidado y sistemático bagaje conceptual, sino, lo que es más importante, el instrumental necesario para efectuar cualquier reconstrucción puntual que se estime oportuna, siempre y cuando, claro está, se respeten los límites impuestos por la propia naturaleza del sistema jurídico.

En definitiva, se puede decir que sólo en la teoría general del derecho, el problema planteado encuentra su contexto específico o inmediato que estará constituido por la que podríamos denominar teoría de las fuentes del derecho, en clara alusión a la parte de la teoría general que se ocupa del importante, pero complejo, mundo de la producción jurídica. De esta manera, su hipotética solución quedará, asimismo, debidamente contextualizada dentro de los esquemas propios del análisis jurídico. De este modo, se dilucidará su correcta ubicación dentro del sistema jurídico en su conjunto, lo que servirá para valorar su posición relativa,

---

<sup>22</sup> Sobre la importancia de la perspectiva metodológica en el estudio de la figura del convenio colectivo, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO (op. cit., p. 176 ss.). No en vano, como señala este autor, "decidir sobre el tema, viene a significar el pronunciarse sobre la esencia del poder estatal, de sus límites y de sus funciones, sobre la autonomía de los grupos sociales, y sobre el propio concepto del individuo en el Derecho" (p. 177).

<sup>23</sup> Es lo que, en definitiva, se ha venido a llamar "ciencia del derecho en su aspecto objetivo", es decir, considerando "el resultado, en cierto modo objetivado, del conocimiento científico." (RODRÍGUEZ MOLINERO: Introducción a la ciencia del derecho, CERVANTES-SALAMANCA, 1991; p. 135).



al quedar al descubierto el complejo nudo de interconexiones entre la parte (negociación colectiva) y el todo (ordenamiento jurídico).

Esta fase, por tanto, concluirá con la configuración del que podemos llamar "modelo teórico" o "tipo ideal" de negociación colectiva, al no corresponderse con ninguna experiencia concreta. Ello no significa, sin embargo, que se deba prescindir, en esta fase, del dato empírico que proporciona la constatación de los rasgos diferenciales que presentan la configuración jurídica de la negociación colectiva en los distintos ordenamientos jurídicos. Precisamente, la elaboración de ese modelo ideal pasa inexorablemente por el examen crítico de la diferencias y similitudes de los distintos modos de organización jurídica del fenómeno negocial, con el fin último de extraer el mínimo común de todos ellos, lo que nos aportará datos significativos acerca de los elementos esenciales de la institución, base de la construcción del aludido modelo ideal. En este sentido, será de gran utilidad el recurso al derecho comparado<sup>24</sup> que, a pesar de sus limitaciones<sup>25</sup>, nos ofrecerá la inestimable ayuda de una rica elaboración doctrinal, fruto de un largo proceso de sedimentación en el estudio de las categorías jurídico-laborales, y, por razones obvias, apoyada en una mayor experiencia aplicativa que la

---

<sup>24</sup> CARNELUTTI (*Metodología...* cit, p. 37 y 70) distingue esta técnica de investigación jurídica, a la que integra en una más amplia que él llama "comparación externa" y define como "la comparación de los fenómenos pertenecientes a un determinado orden jurídico con los relativos a órdenes jurídicos diversos, pasados o presentes en el tiempo y en el espacio", de la "comparación interna", consistente en "la comparación entre los fenómenos pertenecientes a los varios sectores de un mismo orden jurídico" (p. 37). Ello lo justifica en base a que "aparte de ser útil la confrontación entre institutos idénticos en ordenamientos diversos, es también necesaria la confrontación entre institutos diversos del mismo ordenamiento" (p. 70). Para este autor resultaba aconsejable la combinación de ambos tipos de comparación.

<sup>25</sup> V. KANH-FREUND: "Sull'uso ed abuso del diritto comparato", RTDPC-1975; p. 785 ss. Para este autor dichas limitaciones se manifiestan especialmente en relación con el derecho colectivo del trabajo, ya que "Standars de tutela y normas positivas sobre condiciones de trabajo pueden ser imitados, pero no aquéllos sobre negociación colectiva, (...) sobre sindicatos y sobre huelga" (p. 805).

nuestra.

Por tanto, la importancia del proceso constructivo seguido en esta fase, sucesivamente analítico y sintético, hay que medirla en base a su funcionalidad para servir de referente claro para el posterior desarrollo del esquema de trabajo trazado. Este marco referencial va a estar constituido por las claves dogmáticas definidoras de la naturaleza jurídica de la negociación colectiva como fuente del derecho, así como de las consecuencias que de ella es obligado extraer, preparando así el camino para el examen de nuestro modelo de negociación colectiva.

De este modo, tanto la segunda como la tercera fase subsiguientes tendrían, ya, como objeto de estudio una realidad o experiencia jurídica concreta: la configuración jurídica de la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico español. Su estudio, que se desarrollará teniendo como referente los resultados deducidos de la primera fase, se debe desglosar, como hemos visto, en dos planos: el constitucional y el legal. Del primero extraeremos el que podemos denominar, "modelo constitucional" de negociación colectiva; del segundo, por último, el "modelo legal"<sup>26</sup>.

El modelo constitucional (segunda fase en el desarrollo sistemático propuesto) habrá de ser construido en coherencia con las claves analíticas resultantes de la elaboración del modelo teórico, si bien, ahora ya, aplicadas a una experiencia concreta que añadirá matices nuevos que acabarán definiendo un determinado modelo, de configuración distinta a otras experiencias comparadas, precisamente como consecuencia de dar relevancia a esas específicas peculiaridades de la organización de las relaciones laborales

---

<sup>26</sup> Respectivamente, "tipo jurídico estructural" y "tipo real normativo", en la teoría de LARENZ (op. cit., p. 455 ss.).

propias de cada país<sup>27</sup>. Evidentemente, la construcción de este modelo constitucional supone un descenso en el nivel de abstracción respecto del modelo ideal: si éste se ubicaba en sede de teoría general, aquél tendrá a la teoría constitucional como contexto operativo adecuado. Ello trae como consecuencia un primer contacto con la esfera de la positividad, pues indudablemente habrá que hacer referencia las normas constitucionales. Sin embargo, la especial naturaleza de las normas constitucionales, su carácter abierto e inconcluso, y, en definitiva, el propio significado de la constitución como marco de organización jurídica global de la sociedad y el Estado, no sólo favorecerá, sino que exigirá la entrada de elementos de interpretación de índole diversa. La suprapositividad inmanente de la constitución hace necesario, de forma obligada, trascender de la mera formulación contenida en su texto, sin que ello suponga, en ningún caso, trascender los límites del análisis jurídico. De este modo, la indagación sobre nuestro modelo constitucional de negociación colectiva no puede circunscribirse al mero análisis exegético del artículo 37.1 de la Constitución Española (en adelante, CE). Como parece evidente, de la literalidad del precepto no es posible deducir modelo alguno. Por tanto, temas tan importantes como la valoración del papel de la intermediación legal en la configuración de la negociación colectiva, las limitaciones que, al respecto, impone al legislador el mandato constitucional o, en definitiva, la propia naturaleza de la negociación colectiva como fuente autónoma de producción normativa, son problemas esenciales no resolubles sin

---

<sup>27</sup> Diferencias palpables que, hoy por hoy, y sin perjuicio de la potencialidad uniformadora de la denominada "dimensión social europea", esfera menos desarrollada que la estrictamente económica, marcan una neta diversidad en la configuración jurídica de la negociación colectiva en el contexto de los respectivos ordenamientos nacionales (v., al respecto, GUARRIELLO: "Autonomia collettiva e dimensione europea. Profili organizzativi e funzionali", QDLRI 10/91, p. 80; para un desarrollo in extenso de esta problemática, v., de la misma autora, Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale, FA-MILAN, 1992, esp., p. 50 ss.).

trascender de los estrechos límites marcados por la formulación positiva de un precepto.

La búsqueda del modelo constitucional de negociación colectiva, en definitiva, tiene por objeto la indagación de la posición que ocupa en nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente, en su sistema de fuentes, esta especial forma de producción normativa. No en vano, las claves necesarias para lograr este fin sólo es posible encontrarlas en la Constitución, ya que, según hemos apuntado, representa la organización global del poder y el derecho en nuestra sociedad. La distribución de poderes normativos que en ella se efectúa no es, sin embargo, totalmente explícita, sino que es preciso deducirla de una consideración conjunta de todos sus elementos esenciales, labor solo realizable recurriendo al concepto de constitución material. Este concepto no es una mera entelequia. Cualquier intento constructivo que parta del texto constitucional, independientemente de su trascendencia, necesita efectuar interpretaciones sistemáticas.

Esta necesidad de poner en conexión diversos preceptos constitucionales (en nuestro caso, por ejemplo, los artículos. 37, 28 y 7 CE, entre otros), denota ya la existencia de un entramado subyacente u organización global de referencia: esta es la constitución material. El modelo constitucional de negociación colectiva, por tanto, aun barajando elementos de positividad, no es todavía un modelo positivo, pues sólo es deducible partiendo de esta constitución material. En ella se contienen elementos claves para entender cómo se desarrolla el proceso de juridificación de un poder que, originariamente, es un hecho social. La compleja interacción de estos elementos, de índole fáctica y valorativa, darán como resultado una determinada organización y distribución del poder normativo y, en consecuencia, una determinada configuración de la

negociación colectiva como fuente. En consecuencia, tanto la parte dogmática como la parte orgánica de la Constitución nos ofrecerán las claves para la exacta comprensión del sistema de fuentes del derecho, así como de su papel y significado en el conjunto del ordenamiento jurídico. La impronta teleológica que la Constitución imprime a éste se pone de relieve con la definición de los valores y fines que debe perseguir (Preámbulo y Título I), destacando, en lo que aquí nos interesa, la cláusula del Estado Social y, en directa conexión, los valores de igualdad y pluralismo jurídico. Todo ello contribuye a concebir al propio derecho como instrumento dirigido a la consecución de dichos fines.

Esta configuración jurídica resultante será, precisamente la que se imponga a la elaboración por el legislador del llamado "derecho de la negociación colectiva" o "derecho de los convenios colectivos"<sup>28</sup>, cuyo estudio será objeto de la tercera de las fases o etapas en las que hemos desglosado nuestro análisis, y que concluirá, en su caso, con la construcción del que hemos denominado "modelo legal"<sup>29</sup>. En efecto, del modelo constitucional se deduce que el proceso de juridificación de la negociación colectiva como fuente, aun perfilado en sus rasgos esenciales, no es un proceso que concluya a nivel constitucional. El propio constituyente hace un llamamiento al legislador para que garantice la conclusión de este proceso, ahora ya, a nivel formal. La remisión efectuada, aunque explícita, es genérica, sin un contenido material predeterminado. La intensidad de la intervención legislativa puede ser variable, moviéndose en una franja de

---

<sup>28</sup> La diferencia de denominación no es baladí. El uso de uno u otra denota la importancia que, en un determinado ordenamiento jurídico, se le otorgue, respectivamente, a la actividad o al producto negociado. En cualquier caso, será la perspectiva metodológica en la que se sitúe el intérprete el dato decisivo a tener en cuenta, más allá de la calificación legal, a la hora de valorar la posición ocupada por la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico.

<sup>29</sup> En la teorización de LARENZ, se correspondería con el que se denomina "tipo real normativo" (v. infra).

oscilación sólo limitada por los imperativos que se hubieren deducido de la propia configuración del modelo constitucional que, *in extremis*, serán los únicos capaces de evitar la desnaturalización de esta fuente autónoma que potencialmente traería causa de una hipotética pero, como la experiencia histórica demuestra, nada improbable, instrumentalización legal.

En esta fase será objeto de análisis, ya en un plano de estricta positividad, tanto el régimen legal de negociación colectiva, como la distribución de papeles que, en la ordenación de las relaciones laborales, se ha efectuado entre la ley y los diversos productos de la negociación colectiva. Obsérvese que la relación entre ley y negociación colectiva no es idéntica en uno y otro caso. En la regulación del régimen jurídico de la negociación colectiva, la ley tiene como función específica, cumpliendo un mandato constitucional, hacer efectiva la organización de un modo de producción normativa que ha sido diseñado en la constitución. No olvidemos que es en el texto constitucional donde se organiza el sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico. La ley, como una de esas fuentes, esta sometida a ese esquema preordenado, cumpliendo con la función que se le encomienda con las limitaciones establecidas. En el fondo, la ley constituye el principal instrumento para hacer efectiva la organización diseñada en la Constitución. Por otro lado, como fuente del derecho, concurre con la negociación colectiva en la ordenación directa de las relaciones laborales, lo que planteará problemas de índole aplicativa, de concurrencia, conflictiva o no, entre dos fuentes distintas, es decir, de naturaleza diferente a los anteriores, situados en la esfera de la creación del derecho<sup>30</sup>.

Será precisamente la falta de claridad que la

---

<sup>30</sup> Es lo que se denomina bipolaridad de la función del Estado y la ley. V. al respecto SANTI ROMANO: El ordenamiento jurídico, IEP-MADRID, 1963, *passim*.

intervención legal proyecta sobre esta distinción, bien en la configuración del proceso de producción normativa, bien en el diseño de las relaciones dentro del sistema formal de fuentes laborales, la razón fundamental de las incertidumbres que rodean la dinámica jurídica de la negociación colectiva. Ello trae consigo que, en la práctica, el problema acabe trasladándose al ámbito judicial, donde, como es natural, difícilmente puede corregirse lo que, lejos de ser simples problemas técnico-jurídicos, constituyen, en realidad, verdaderas opciones de política legislativa<sup>31</sup>.

Las vías de solución, por tanto, han de venir por el mantenimiento de la distinción analítica entre ambos planos. En definitiva, hay que tener presente que esta distinción constituye una concreción en el sistema de fuentes de la separación que, dentro del ordenamiento jurídico, ha de observarse entre los planos de la organización y de la normatividad que, siendo esencial, habrá de marcar decisivamente tanto el desarrollo discursivo del presente trabajo como su propia configuración sistemática.

---

<sup>31</sup> Sobre el tema, v. las apreciaciones efectuadas por G. LYON-CAEN, "Des droits 'nouveaux' pour les travailleurs?", RGL-81 (I), p. 475.

**PARTE I. - LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE EN LA TEORÍA  
GENERAL DEL DERECHO.**



# **CAPÍTULO I.- PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS PARA EL ESTUDIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO.**

## **1.- INTRODUCCIÓN.**

### **1.1.- El estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho y sus exigencias metodológicas.**

Independientemente de la disciplina o campo científico de que se trate, todo trabajo de investigación que se emprenda ha de asentarse sobre unos presupuestos metodológicos determinados. De este modo, el mayor o menor rigor de las elaboraciones teóricas dependerá, en buena medida, de la solución que se le haya dado al problema metodológico. Pero la importancia de la llamada "cuestión metodológica"<sup>1</sup> no debe medirse exclusivamente, en función de la coherencia que proporciona al lógico discurrir del proceso investigador. Sin perjuicio de ello, la elección de una determinada perspectiva metodológica supone, principalmente, un modo concreto de enfrentarse al conocimiento de lo que nos rodea<sup>2</sup>. De esta manera, la propia definición del objeto de

---

<sup>1</sup> ROBLES: Introducción a la teoría del derecho, DEBATE-MADRID, 1988; p. 33.

<sup>2</sup> Hay que tener en cuenta que la motivación última que informa la voluntad cognoscente, presente en todo investigador, es el afán por ordenar una realidad dispersa y, por ello, difícilmente aprehensible en estado puro. En este sentido, como apunta BADENES GASSET (Metodología del derecho, BOCH-BARNA, 1959; p. 18), cuanto nos rodea se presenta en una confusión de formas, y el trabajo del método es aclararlas, es salvarnos del perdimiento en ellas". Por ello, como señala STAMMLER (Economía y derecho según la concepción materialista de la historia, REUS-MADRID, 1929; p. 13), es preciso "establecer con claridad, de antemano, las condiciones generales del conocer" (el subrayado es nuestro).

estudio, en tanto que delimitación del ámbito de lo observable, constituye una actividad que responde ya a un modo determinado de relación entre el investigador y el objeto investigado<sup>3</sup>; es decir, presupone ya la utilización de un método determinado, mediante el cual se aprehende la realidad, se captan los problemas y se selecciona la información en función de los aspectos que aparecen más relevantes. Por ello, en las diferentes formas de enfocar y resolver los problemas, así como en la propia localización de éstos, lo que subyace en el fondo es el uso de métodos diversos<sup>4</sup>. La importancia del método empleado es tan decisiva que los resultados de los trabajos de investigación podrán, en la mayoría de los casos, ser prejuizados en función del método utilizado<sup>5</sup>. En consecuencia, el planteamiento del problema del método, y su correspondiente solución, se haga de una forma explícita o implícita, es, en todo caso, insoslayable<sup>6</sup>.

En la elección de la perspectiva metodológica constituye un dato fundamental la naturaleza de la realidad sometida a examen. Las peculiares características de la realidad jurídica y, especialmente, de la jurídico-laboral<sup>7</sup>, impondrán

---

<sup>3</sup> Lo que demuestra, en definitiva, que la ubicación del problema metodológico está en el "comienzo de una ciencia", ya que "sólo el método matiza la peculiaridad de una ciencia, delimita sus conocimientos en relación con las otras, y, en una palabra, armoniza su propio pensamiento y los valores conexos a esta ciencia, en virtud de que pensamiento científico equivale a decir pensamiento metódico" (BADENES GASSET: Metodología...cit., p. 18).

<sup>4</sup> En este sentido, son elocuentes las palabras de DESCARTES (Discurso del método, MADRID, 1979; p. 69): "La diversidad de nuestras opiniones no procede de que unos sean más racionales que otros, sino tan sólo de que dirigimos nuestros pensamientos por caminos distintos y no consideramos las mismas cosas".

<sup>5</sup> HELLER, Teoría del Estado, FCE-MÉXICO, 1987; p. 47.

<sup>6</sup> Como pone de manifiesto ROBLES (op. últ. cit., p. 35), "la forma de entender el conocimiento invade, penetra absolutamente toda la construcción. Es el armazón básico, la estructura interna de ésta, gracias a la cual es posible la coherencia y la unidad."

<sup>7</sup> En efecto, en esta rama jurídica, la mencionada operación requiere de instrumentos con capacidad suficiente para captar la compleja interacción entre realidad y derecho que la caracteriza. No se descubre nada nuevo al poner de manifiesto que tanto el nacimiento como la evolución de la disciplina han estado

un determinado nivel de exigencia en la elección del método adecuado. Este nivel se eleva cuando efectuamos una concreción del objeto de estudio y se descubre la singularidad intrínseca del mismo, acentuada por la perspectiva desde la que se pretende efectuar el análisis: la negociación colectiva en el sistema de fuentes jurídico-laboral. Efectivamente, el plus de complejidad proviene no sólo de que se trate de una institución cuya centralidad caracteriza decisivamente al derecho del trabajo, otorgándole unos rasgos no presentes en el resto de las disciplinas jurídicas; sino también, y principalmente, porque, tratándose de un instrumento de producción normativa, se hace imprescindible la ubicación del problema en un contexto analítico con la suficiente capacidad explicativa en materia de creación jurídica.

En efecto, si partimos de la base de que la perspectiva de la teoría de las fuentes del derecho es la que mayor potencialidad puede ofrecernos en la indagación de la naturaleza jurídica de la negociación colectiva, nos enfrentamos con la ineludible necesidad de resolver, de forma preliminar, el problema de la creación jurídica<sup>8</sup>. Pero, como es evidente, la importancia de la función que desempeña el sistema de fuentes en el conjunto del ordenamiento jurídico no permite un análisis desconectado del propio entendimiento

---

estrechamente ligados a los cambios que se han producido en la estructura económica y social. Como es fácil comprobar por lo aplastante de la evidencia, fenómenos tales como las crisis económicas han modulado tradicionalmente los contornos del Derecho del Trabajo y, a veces, como ocurre ahora, llegan a afectar a sus propios fundamentos, trastocando decisivamente su estructura. En el plano metodológico, la incidencia de la crisis sobre el análisis jurídico-laboral ha sido puesta de manifiesto por la doctrina (por todos, v. CASAS BAAMONDE, "Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el derecho del trabajo de la crisis", SPFD-UCM, MADRID, 1984, p. 54 ss.; en general, destacando la importancia de la cuestión metodológica en la investigación jurídica, v. GIUGNI, *Introduzione...* cit., p. 67 ss.).

<sup>8</sup> En general, sobre las conexiones entre el concepto de fuente del derecho y las diferentes perspectivas metodológicas, v. GIUGNI, op. cit., p. 28 ss. De esta manera, se puede decir, que es la teoría de las fuentes del derecho donde mayores repercusiones tienen los cambios de método de investigación, ya que provocan directamente una inmediata redefinición de su propio concepto.

del concepto de derecho.

El proceso de juridificación que supone la consideración de la negociación colectiva como fuente del derecho necesita, por tanto, de un marco de estudio donde aparezcan definidas correctamente las pautas que rigen, en general, los procesos de la producción normativa dentro del sistema jurídico. Esta exigencia, siendo irrenunciable, sólo podrá satisfacerse, sin embargo, en la medida en que el método elegido sea capaz de proporcionar la flexibilidad suficiente para que el análisis no se vea constreñido por la eventual estrechez de los moldes analíticos y, al mismo tiempo, la consistencia necesaria para que los imperativos de sistematicidad sean cumplidos en sus justos términos<sup>9</sup>.

De ahí la importancia de la indagación previa sobre cuál sea el método "constitutivamente apropiado"<sup>10</sup>, pues, en última instancia, se tratará de una opción entre distintas formas "de entender el derecho"<sup>11</sup>. Por ello, se hace inexcusable concluir esta fase (preliminar, pero no por ello menos importante y decisiva), con la búsqueda de una solución satisfactoria a la llamada "cuestión metodológica", teniendo presente que su finalidad no es la mera especulación ontológica, sino la resolver un problema eminentemente práctico<sup>12</sup>, como es el de contar con los más adecuados medios

---

<sup>9</sup> En general, sobre el carácter preliminar de la discusión metodológica y su importancia para el estudio de la negociación colectiva, v. GIUGNI, op. cit., *passim*, esp., p. 15 ss.; asimismo, FERRARO: "Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità", GDLRI-86; p. 667 ss.; esp. 671-672).

<sup>10</sup> La expresión es de BADENES GASSET, op. cit., p. 25.

<sup>11</sup> CASAS BAAMONDE: "Reflexión breve...cit., p. 53, citando, a su vez, a MONTANARI: Teoria e prassi nelle dottrine giussindicali, GIUFFÈ-MILÁN, 1979; pref., p. XIII.

<sup>12</sup> Todo lo cual, por supuesto, sin grandes pretensiones, pues como señala HERNÁNDEZ GIL, (La ciencia jurídica tradicional y su transformación, CIVITAS-MADRID, 1981, p. 20), "en el campo del saber jurídico son remotas las posibilidades de grandes revoluciones con la entidad de la trastocación y el descubrimiento"; pero sin que ello signifique una renuncia a la búsqueda de los medios más adecuados para la correcta comprensión del fenómeno jurídico, pues,

de análisis jurídico<sup>13</sup>.

### 1.2.- Las insuficiencias de los métodos clásicos para el estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho.

El desarrollo de la ciencia jurídica, y, especialmente, la jurídico-laboral, ha sido paralelo a la evolución de las perspectivas analíticas, en una inescindible relación efecto-causa que es difícil (y hasta cierto punto, superfluo) establecer en términos unívocos<sup>14</sup>. En la actualidad, después de una larga e incesante actividad científico-jurídica, la complejidad del debate metodológico alcanza unos niveles que dificultan todo intento de ordenación cerrada o definitiva. Ello no obstante, la historia de la ciencia jurídica nos pone de manifiesto que las opciones metodológicas, a pesar de su diversidad, abarcan un amplio espectro que podemos situar entre dos polos: el formalismo o normativismo, por un lado, y el realismo o sociologismo jurídico, por otro<sup>15</sup>.

---

como, asimismo, recuerda este autor "el letargo y la incondicionada entrega al conformismo carecen siempre de justificación", sin que los "cultivadores de las disciplinas jurídicas particulares" queden liberados de tal reproche, pues es precisamente en el tratamiento de los concretos problemas, teóricos o prácticos, donde se pone en evidencia la necesidad de contar con instrumentos adecuados de análisis, lo que supone, sin duda, someter a un juicio de valor a los existentes y potencialmente utilizables.

<sup>13</sup> No hay que olvidar que una de las principales funciones de la ciencia jurídica es el descubrimiento de las reglas de la experiencia, labor que, como veremos, se efectúa mediante la construcción jurídica de conceptos, que se convierten así en instrumentos fundamentales del conocimiento teórico y práctico. Como señala CARNELUTTI (Metodología del derecho, UTHA-MEXICO, 1940, p. 99), destacando la importancia de esta labor, "ni el legislador ni el juez se atreven a resolver problemas prácticos de suma importancia (...) si la ciencia no les ha provisto de esos instrumentos para trabajar".

<sup>14</sup> En este sentido, GIUGNI ("El desafío de la innovación en el Derecho del Trabajo", RL-22/94; p. 40 ss.), enfatizando en la "necesidad de una renovación profunda del método jurídico", pondrá de manifiesto como el derecho del trabajo, "desde su nacimiento...vive sus momentos de crecimiento, de gloria y de crisis, en un desarrollo paralelo a la 'lucha por el método', como la que tiene lugar, sobre todo, en las universidades alemanas" (p. 42).

<sup>15</sup> Ello sin perjuicio de los múltiples términos o expresiones que han sido utilizados para denominar a una y otra corriente metodológica, no siendo posible encontrar un grado aceptable de homogeneidad al respecto, habida cuenta de las posturas matizadas que, a veces, representan. Ante esta falta de acuerdo, lo

La polarización en dos grandes corrientes utilizada para estructurar el examen metodológico, cuya principal operatividad debe ponderarse en atención a la simplificación explicativa que aporta, se justifica, además, por su vigencia. Hay que tener presente que, a pesar del sobrevenido aumento en la complejidad de la discusión metodológica, el punto de referencia, todavía hoy identificable, sigue siendo aquella polarización<sup>16</sup>; que, a su vez se inserta dentro de otra de mayor alcance: la representada por la oposición

---

único que puede hacerse es una aproximación clasificatoria que, a efectos prácticos (la cuestión no tiene mayor transcendencia), pueda sernos de utilidad. De este modo, el formalismo jurídico se identifica, generalmente, con el normativismo kelseniano o positivismo jurídico, si bien esta última expresión denota un movimiento científico más amplio que incluiría a los conceptualistas, no estrictamente normativistas, de la escuela de la exégesis. En todo caso, el rasgo común de todos ellos es que reducen el derecho a su esfera normativa, es decir, el punto de partida (y de llegada) de sus construcciones científicas es la norma positiva. La otra gran corriente, por su parte, surgida como reacción a la anterior, otorga el protagonismo, no a la norma en sí misma considerada, sino a la realidad fáctica en la que se produce y a la que está llamada a regular. La reducción proviene, ahora, de considerar el derecho sólo como un hecho social, con la consecuente supeditación de lo jurídico a lo fáctico. Participan de esta característica, movimientos o escuelas como el sociologismo jurídico, el realismo (a secas, o bien, con toponímicos tales como, "escandinavo", "americano"), el finalismo, el decisionismo, el materialismo histórico o el propio marxismo. No obstante su diversificación, todas las corrientes metodológicas aludidas, sean formalistas o realistas, comparten el carácter esencial de su origen: el positivismo. Positivismo jurídico y positivismo sociológico son, por tanto, dos caras de la misma moneda, ya que, como afirma HERNÁNDEZ GIL (Conceptos jurídicos... cit. p. 170), el sociologismo jurídico no es más que la vertiente jurídica del tradicional positivismo sociológico, constituyendo una reacción, en el plano metodológico, frente al imperante formalismo o positivismo jurídico.

<sup>16</sup> Esto no quiere decir que toda la discusión epistemológica en la actualidad gire en torno a estos dos tradicionales paradigmas. Antes al contrario, como podrá comprobarse con posterioridad cuando se profundice en la búsqueda del método adecuado, y una vez superados por insuficientes los aludidos enfoques, quedará constancia de la existencia de los llamados "métodos integradores", que constatarán la presencia actual de un "variado pluralismo metodológico". Sin embargo, como quiera que estos métodos parten de aquellos paradigmas, suponiendo, en definitiva, intentos más o menos desarrollados, de limar sus respectivas imperfecciones, su validez como puntos de referencia será indiscutible. Por otra parte, ya han sido apuntadas las razones de la elusión de toda referencia al iusnaturalismo, el tercer gran paradigma jurídico, y que pueden resumirse en la necesidad de evitar la que se denomina "trampa metafísica del Derecho Natural" (ROBLES: Introducción a la teoría... op. cit., p. 137 ss.; las cursivas son del autor). Sin embargo, hay que tener en cuenta que la precaución apuntada no obsta para que, "sin penetrar en los dominios del derecho natural", tengan cabida, desde una perspectiva funcionalista, "aquellas concepciones que asignan al derecho la función de realizar la justicia y otros valores sociales". El matiz diferencial que permite soslayar la aludida "trampa" radica en que para el iusnaturalismo, "la justicia es el único modo de ser y de nombrar el derecho, mientras para una concepción valorativa es uno de los modos de calificarlo. Por eso, en un caso, la afirmación del derecho como justo tiene una dimensión ontológica, mientras en el otro caso su dimensión es sólo axiológica". (HERNÁNDEZ GIL: La ciencia jurídica... cit., p. 22).

dogmatismo/antidogmatismo<sup>17</sup>.

Como quiera que ni el normativismo ni el sociologismo han sido capaces de resolver el complejo problema de la creación jurídica y, en consecuencia, de proporcionar a la ciencia jurídica un concepto adecuado de fuente del derecho, se hace necesario descubrir bajo qué pautas metodológicas puede afrontarse con éxito esta empresa. La búsqueda del marco de análisis adecuado para el estudio de la negociación colectiva como fuente se deberá efectuar, por tanto, una vez superado el problema metodológico, tarea que se llevará a cabo partiendo del examen crítico de los aludidos métodos tradicionales.

## 2.- PROPUESTA DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA METODOLÓGICO: LA NECESARIA "APERTURA SOCIAL" DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA.

Un ligero repaso sobre las dos principales tendencias metodológicas por las que ha ido discurriendo el quehacer científico-jurídico bastaría para revelar la decisiva conexión que existe entre el método de análisis utilizado y los resultados definitivamente obtenidos. Ello se debe a que el objeto sobre el que se opera no será el mismo en todo

---

<sup>17</sup> Así, tanto el formalismo como el sociologismo, compartiendo su esencial positivismo (jurídico y sociológico, respectivamente), constituyen respuestas antidogmáticas a los problemas cognoscitivos planteados por la ciencia jurídica. No en vano, ambas corrientes, instaladas en el mero dato (norma o hecho, según el caso), renuncian a la más mínima actividad dogmática, lo que, en última instancia, no es sino consecuencia de su común rechazo a las exageraciones en las que incurrió la llamada jurisprudencia de conceptos. Estas exageraciones, por su parte, fueron el origen de la utilización peyorativa del término "dogmatismo", al que se le hace sinónimo, en el terreno jurídico, de inmovilismo, obsolescencia y rigidez en la construcción jurídica. Sin embargo, aquí no aludimos al dogmatismo en su clásica acepción, es decir, como forma de pensamiento de carácter aseverativo, cuyo principal rasgo es la aceptación acrítica de conceptos o formulaciones apriorísticas, sin fundamentación suficiente. Antes al contrario, entenderemos "por tal, sobre todo, un determinado método, la operatividad intelectual, predominantemente lógica, proyectada sobre el derecho, y en particular la operación de construcción jurídica que representa, a la vez, el conocimiento sistemático y la elaboración del sistema" (HERNÁNDEZ GIL: La ciencia...cit., p. 37 ss.; esp., p. 42).

caso, sino que dependerá de la adscripción metodológica de cada jurista, que, optando por una concreta concepción de derecho, indefectiblemente condicionará el punto de partida y desarrollo de cualquier investigación a efectuar. En conclusión, todo acercamiento cognoscitivo deviene, en última instancia, deudor de su propio método.

De este modo, tanto los defensores del formalismo como los partidarios del sociologismo, tenían diferentes concepciones sobre la verdadera dimensión de lo jurídico y, en concreto, sobre en qué términos se produce la, siempre presente, relación entre facticidad y normatividad, es decir, entre las esferas del ser y del deber ser. Cada grupo elegía una sola esfera y la erigía como definitoria de la "verdadera" esencia del derecho, desechando o menospreciando la otra. Pero la consecuencia evidente era que, por ambas vías, se procedía a una parcelación del objeto de estudio que, inevitablemente, se mostraba incapaz de dar cuenta de la exacta dimensión del derecho, que ni podía quedar reducido a la norma emanada ni al mero dato fáctico<sup>18</sup>. Por su parte, el problema de la creación jurídica quedaba irresuelto pues, precisamente, tenía su ubicación en la zona de intersección entre esas dos esferas.

La solución al problema metodológico, por tanto, habrá de pasar por la corrección de las insuficiencias detectadas en cada uno de los métodos analizados y, en última instancia, en su integración armónica. Esta ha sido la línea de tendencia que han venido describiendo los sucesivos intentos de superación del problema metodológico. En efecto, el

---

<sup>18</sup> Como señala GURVICH (L'idée...cit., p. 120-121), no es satisfactoria la solución de "reducir todas las posibilidades de estudio del derecho a la alternativa: "causalidad" (método sociológico) o "deber ser" (método jurídico-normativo), ya que "esta oposición se ha mostrado bastante infructuosa para hacer posible el conocimiento del derecho", teniendo como resultado que "la realidad del derecho quedaba casi completamente inaprehensible en los términos de esta oposición" (el subrayado es nuestro).



llamado *sincretismo metodológico* (dirección epistemológica consistente en el recurso a soluciones de tipo ecléctico como modo de dar satisfacción al continuo afán de soslayar los inconvenientes de que adolecían los antagónicos métodos tradicionales presentados en su estado "puro", valga la expresión)<sup>19</sup>, se ha impuesto como pauta de conducta generalizada en la investigación jurídica<sup>20</sup>. Será la vía que aquí utilicemos para la búsqueda de la perspectiva metodológica capaz de proporcionar el marco analítico donde incardinar nuestro objeto de estudio.

La idoneidad de opción metodológica, medida siempre en términos de comprensión práctica del fenómeno de la negociación colectiva, sólo podrá ser correctamente apreciada, sin embargo, en sede de teoría general del derecho. No en vano, lo que se trata de hallar es un marco apropiado donde poder insertar, sin violencias, la realidad jurídica (no sociológica) en que consiste la negociación colectiva; y ello, sin eludir todo el complejo nudo de interacciones de diversa índole que es necesario establecer para su correcta integración en la estructura del ordenamiento jurídico. Esto no quiere decir que deba existir una desconexión absoluta con la realidad, sino, simplemente, pone de manifiesto la necesidad de combinar, de forma equilibrada, su evidente componente fáctico originario con el distanciamiento que exige la construcción teórica, concretada en la posibilidad de operar en términos jurídicos a distintos niveles de abstracción.

---

<sup>19</sup> En este sentido, BADENES GASSET (op. cit., p. 277) hablará de "visión pluralista del método jurídico", cuya razón de ser no es el mero recurso a un cómodo eclecticismo, sino la inadecuación de la tesis monistas ante la complejidad del problema metodológico. Este "pluralismo metódico" no es otra cosa que el "reflejo de la sociedad pluralista contemporánea" (ROBLES *Introducción...* cit, p. 137), que, en todo caso, impone el abandono de la "matemática social" (HERNÁNDEZ GIL: *La ciencia jurídica...* cit, p. 46 ss.).

<sup>20</sup> V. HERNÁNDEZ GIL: *Metodología...* cit, p. 282 ss.; esp., p. 284.

## 2.1.- El método dogmático como vía de solución: su necesaria renovación.

Como claro punto de partida, una primera exigencia se deriva del planteamiento general de la cuestión metodológica: el método debe ser estrictamente jurídico. Como ha sido puesto de manifiesto por aquéllos que con mayor profundidad han tratado este problema, la solución al mismo debe buscarse siempre dentro de la ciencia jurídica, obviando, por distorsionador, el frecuente recurso a la búsqueda de elementos asimilables en otras ramas del saber (señaladamente, economía, sociología, historia), con el fin de incorporarlos, tal cual, a las elaboraciones teórico-jurídicas<sup>21</sup>. Esta trasposición es inaceptable pues desconoce la peculiar esencia de la realidad jurídica, diversa a otras realidades (a pesar de su indiscutible conexión con las mismas<sup>22</sup>), así como las pautas que rigen la interacción entre una y otras<sup>23</sup>.

Tradicionalmente, el método jurídico por excelencia ha sido el método dogmático, hasta el punto de que las expresiones "ciencia jurídica" y "dogmática jurídica" han

---

<sup>21</sup> Una crítica a esta actitud metodológica en, GENY: Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo, REUS-MADRID, 1925; p. 563. Uno de los efectos distorsionadores más comunes que resultan del aludido error es la llamada "mixtificación de conceptos", consecuencia de utilizar los mismos términos para ideas o conceptos que, en realidad, son muy distintos. ROBLES (Sociología...cit., p. 195-196) poniendo de manifiesto la necesidad de separar claramente la dogmática jurídica y la sociología, concluye afirmando que lo que debe existir entre ambas "es un puente comunicativo, no una mixtificación".

<sup>22</sup> Por ello, cada ciencia debe responder desde sí misma a los problemas metodológicos que se le planteen (v. CALSAMIGLIA: Introducción...cit, p. 143).

<sup>23</sup> V. al respecto, GENY, Método...cit., p. 679. Como, con elocuencia, apunta HERNÁNDEZ GIL (La ciencia jurídica...cit., p. 118 ss.), "hay que deslindar hasta dónde llega lo socialmente condicionante y dónde aparece lo jurídicamente per se". En el mismo sentido, LEGAZ LACAMBRA, op. cit., p. 74 ss., y ROBLES, Sociología...cit., p. 206-207.

sido empleadas comúnmente como sinónimas<sup>24</sup>. Sin embargo, como se ha encargado de poner de manifiesto la doctrina, tal identificación es incorrecta y proviene de un uso sobredimensionado del término causado por su gran difusión entre los juristas<sup>25</sup>. De las diversas acepciones de la expresión, la que aquí nos interesa es la que hace referencia a una determinada posición metodológica, propiamente jurídica<sup>26</sup>, pero no necesariamente formalista.

De este modo, compartiendo las líneas de tendencia dominantes en la ciencia jurídica (y sin perjuicio de las matizaciones a que haya lugar), por método dogmático entenderemos una especial forma de concebir el derecho caracterizada, principalmente, por representar un conjunto sistematizado de conceptos que, en relación recíproca y permanente renovación, permiten un entendimiento global de las reglas que rigen el orden jurídico en su conexión con la realidad social, facilitando así el despliegue de la labor analítica del jurista consistente en un continuo, pero ordenado, proceso de construcción abstractiva<sup>27</sup>.

Precisamente este último carácter, la posibilidad de ser sometida a un proceso de revisión constante<sup>28</sup>, siguiendo la

---

<sup>24</sup> HERNÁNDEZ GIL, op. cit., p. 38 ss.

<sup>25</sup> Por todos, HERNÁNDEZ GIL: La ciencia...cit., passim.

<sup>26</sup> V. especialmente a HERNÁNDEZ GIL: La ciencia jurídica..., cit., p. 37 ss., donde hace un recorrido sobre el significado y las diversas acepciones del término "dogmática". En parecidos términos, ROBLES: Sociología...cit., p. 61, CALSAMIGLIA, Introducción...cit., passim.; y LUHMANN, op. cit., p. 34-35.

<sup>27</sup> Para CALSAMIGLIA (op. últ. cit., p. 17), la dogmática jurídica es, fundamentalmente, "el lenguaje que se utiliza para la transmisión del conocimiento jurídico". De este modo, "es lógico que el científico sólo vea el campo que sus lentes dogmáticas le enfocan. Lo que está fuera del campo de visión no puede ser objeto de investigación científica porque carece de la red conceptual adecuada para conseguir su objetivo" (p. 77).

<sup>28</sup> Este es quizás el aspecto más característico del modo de pensar de los juristas actuales (LARENZ, op. cit., p. 222). Como señala LUHMANN (op. cit., p. 29), "el sentido de la dogmática no está para ellos en la fijación de lo ya de por sí establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar un

línea trazada por una misma idea ordenadora o parámetro de índole valorativo<sup>29</sup>, es lo que aleja a la dogmática, así considerada, de su concepción tradicional o formalista<sup>30</sup>. En efecto, sin dejar de ser una manera de operar en términos jurídicos, útil para efectuar todo tipo de construcciones teóricas, la insoslayable incorporación a los esquemas analíticos de elementos extranormativos (principalmente, de carácter axiológico), va a significar una ruptura con los rígidos esquemas tradicionales de claro matiz lógico-deductivo<sup>31</sup>. Por otro lado, a diferencia del carácter cerrado

---

estrato de reflexiones, de fundamentos, de valoración de relaciones, con el que el material jurídico es controlado y elaborado para la aplicación más allá de su valor como dato no mediado". Sólo de este modo logrará servir a la función que tiene encomendada, que no consiste en "el encadenamiento del espíritu, sino precisamente al revés, en el aumento de las libertades en el trato con experiencias y textos". (Las cursivas son nuestras). Esta finalidad práctica de la dogmática, que la sitúa "entre el conocimiento y la técnica", otorgándole un "carácter híbrido" (CALSAMIGLIA, *Introducción...cit.*, p. 87), fue ya puesta de manifiesto por GENY (*Método...cit, passim.*), y exigía de los juristas una actividad constructiva continua, debiéndose enmarcar su labor entre la ciencia y la técnica, o, como afirmaba CARNELUTTI (*Metodología...cit., passim.*), entre el análisis y la síntesis.

<sup>29</sup> Como idea directriz materializa la reconducción hacia la unidad de todo el conjunto ordenado de valores y principios que asume la sociedad en un momento histórico concreto; de esta manera, no hay ninguna dificultad en identificarla con la idea de justicia (en este sentido, LUHMANN, op. cit., p. 37; asimismo ROBLES, op. cit., p. 62, que llamará "justicia intrasistemática" a ese conjunto de principios y valores). En conclusión, pues, "la dogmática es la versión interna al sistema de una complejidad que sólo es representable como unidad si se relaciona el sistema jurídico con su entorno social" (LUHMANN, op. y loc. cit.).

<sup>30</sup> Es decir, aquélla que tenía "por base un puro positivismo jurídico, adoleciendo de la falta de criterios valorativos" (BADENES GASSET, op. cit., p. 121). El resultado inevitable era caer en un simple descriptivismo, ya que, como agudamente ha puesto de manifiesto HERNÁNDEZ GIL (*La ciencia...cit.*, p. 128-129), "cuando se toma como único objeto de análisis lo que dicen las normas, su significado en términos de deber ser, por más que pueda distinguirse entre lo prescrito normativamente y lo descrito, el fenómeno de la comprensión del sentido conduce sólo a determinar el deber ser, aunque no le funde ni constituya". Por ello, la superación de esta poco fecunda actitud vendría dada por la integración dentro de la investigación jurídica del "estudio de las reglas de formación de los enunciados", y de esta manera, "no interesa sólo lo que las normas dicen y significan con vistas a determinar el sentido de la regulación y su modo de afectar a la conducta regulada, sino que también es materia de conocimiento la propia composición de las normas". Las cursivas son nuestras, y tienen la intención de resaltar que este cambio significa mucho más que una mera ampliación del ámbito objetivo de análisis dogmático: supone, desde el punto de vista metodológico, la incorporación de elementos de índole valorativa, funcionales y teleológicos, principalmente, en la labor constructiva del jurista, que tendrá ahora que identificar y describir las reglas o leyes que rigen la formulación de enunciados, reglas que, por su parte, "no están formuladas ni tienen una existencia real como tales, si bien son inherentes al pensar y al operar con el derecho, que es pensamiento práctico y morfología de la acción social". (El subrayado es nuestro).

<sup>31</sup> V., en este sentido, MENGONI: "Ancora sul metodo giuridico" en *Diritto e valori*, IL MULINO-BOLOGNA, 1985; p. 99-100.

e inamovible de dichos esquemas, tal innovación trae como consecuencia que los resultados de estas operaciones nunca serán totalmente definitivos; antes al contrario, estarán sometidos a un proceso de continua reactualización como consecuencia de su dependencia de datos exógenos que son, ahora, reconducidos al interior del sistema<sup>32</sup>, de tal manera que éste termina disponiendo de una capacidad innata para responder a las exigencias dimanantes de un orden jurídico integrado en una sociedad en continua, y progresivamente acelerada, mutación<sup>33</sup>.

Por todo ello, esta perspectiva metodológica podría ser denominada "dogmática abierta"<sup>34</sup> o "dogmática adecuada a la sociedad"<sup>35</sup>. Ambas expresiones denotan, en definitiva, la

---

<sup>32</sup> Como señala MENGONI (art. cit., p. 100), "la nueva dogmática está caracterizada por mayor flexibilidad, por grados menos elevados de abstracción, por valoraciones a menudos moduladas sobre parámetros tipológicos, antes que ligadas a conceptos rígidamente definidos".

<sup>33</sup> Lo que inevitablemente supone plantearse "la función que la Dogmática jurídica cumple hoy en el proceso de realización del Derecho y, por consiguiente, en el contexto social" (LARENZ, op. cit., p. 221). Para un condensado e ilustrativo análisis de las funciones sociales de la dogmática, v. CALSAMIGLIA, op. cit., p. 127 ss.).

<sup>34</sup> La expresión ha sido utilizada por ROBLES (Sociología...cit., p. 181 y ss.) para dar a entender que la dogmática, sin renunciar a su carácter de disciplina autónoma, se auxilia de los conocimientos útiles que puedan ser aportados por las ciencias sociales, ya que "eso no sólo no destruye la coherencia científica de la dogmática, sino que la enriquece" (p. 193). En este sentido, y destacando cuál debe ser la actitud cognoscitiva del jurista, BOBBIO ("Derecho y ciencias sociales" en Contribución...cit., p. 222) afirma rotundamente que "el problema del puesto y la función del Derecho en la sociedad no puede ser afrontado más que por el jurista que salga de su propio caparazón". Por ello, la situación actual se caracteriza por "la formación de una ciencia del Derecho antitradicional, que en última instancia busca su propio objetivo no tanto en las reglas del sistema dado como en el análisis de las relaciones y valores sociales de los que se extraen las reglas del sistema" (art. últ. cit., p. 228) (el subrayado es nuestro).

<sup>35</sup> Esta expresión tiene por base la propuesta lanzada por LUHMANN (op. cit., p. 93 ss.) consistente en la necesidad de que la dogmática fuese "capaz de formular conceptos socialmente adecuados" (p. 97). Como el propio autor se adelanta a aclarar, por "adecuado a la sociedad" no hay que entender que "los conceptos deban ser en definitiva conceptos sociológicos o deban reflejar de modo adecuado la sociedad", ya que, según hemos señalado, tal pretensión estaría "en contradicción con la diferencia (...) entre sistema social y sistema jurídico como sistema parcial del sistema social". En sentido estricto, "adecuación significa tan sólo que se logre la transformación conceptual del problema al sistema jurídico" (p. 98). (Las cursivas son nuestras). En este mismo sentido, MENGONI (art. ult. cit., p. 100) señala cómo "la dogmática viene dirigida por el pensamiento problemático a la construcción de conceptos funcionalmente determinados por valoraciones extrasistémicas, y en este sentido, definibles como conceptos axiológicamente orientados".

doble pretensión de superar las respectivas insuficiencias de los métodos tradicionales, sin que ello suponga, por su parte, desterrar definitivamente los modos típicos de operar de la ciencia jurídica<sup>36</sup>.

## 2.2.- La integración de estructura y función en el proceso de elaboración de las categorías jurídicas.

Constatada la idoneidad del método dogmático así formulado para la superación del problema metodológico, y siendo, en definitiva, fruto de una proceso de elaboración sincrética, sus instrumentos analíticos van a ser el resultado de la integración de los elementos positivos presentes en los antagónicos métodos tradicionales, o, en negativo, de la depuración de sus respectivos defectos.

En este sentido, tanto el formalismo como el sociologismo incurrierían en un error capital: el reduccionismo objetivo de la esfera de conocimiento<sup>37</sup>. El formalismo o positivismo jurídico, tomando como único objeto de estudio a la norma positiva, operaba mediante estrictos mecanismos lógico-formales, a través de los cuales construía un orden

---

<sup>36</sup> Como señala DELL'ACQUA ("La valità giuridica tra forma e integrazione", DES-94/4; p. 596) la dirección actual de la dogmática consiste en "integrar en la noción de ordenamiento tanto la dimensión sistémica como la normativa en sentido estricto". Es preciso constatar, sin embargo, que los intentos de integración teórica entre los tradicionalmente antagónicos métodos de investigación jurídica no son nuevos (v., al respecto, LUHMANN, op. cit., p. 17 ss.; HERNÁNDEZ GIL, La ciencia... cit., 30 ss.; BADENES GASSET, op. cit., p. 243 y 246; ROBLES, Sociología... cit., p. 185 ss.).

<sup>37</sup> Como señala BOBBIO ("La función promocional del derecho", cit., p. 377-378), la principal consecuencia que de ello se deriva es la "pérdida del equilibrio conceptual", que debe ser restaurada mediante la búsqueda de la opción metodológica con capacidad suficiente para integrar todos esos elementos esenciales en un orden omnicomprensivo (sistema). No hay que olvidar que "toda reducción es un buen indicador para dejar entrever el carácter ideológico de una teoría; pero en general, desde el punto de vista analítico, es una aberración". De este modo, ambos reduccionismos serían en sí mismos reveladores de su propia falsedad. En efecto, si tenemos en cuenta que la realidad se compone de infinitas perspectivas "todas igualmente verdaderas y auténticas", el sociologismo y el formalismo, al pretender ser las únicas verdaderas, serán precisamente por ello, falsas (ORTEGA Y GASSET, "El tema de nuestro tiempo", cit., p. 197).

rígido al que debería ser sometido el conjunto de la realidad jurídica. Al mismo tiempo, este orden constituía el referente obligado para integrar un eventual cambio social, que inmediatamente, habría de ser reconducido dentro de unos moldes prefijados e inmutables<sup>38</sup>. Su principal virtud, la solidez de una estructura que facilitaba en alto grado la labor constructiva, se convertía así en su principal defecto cuando se ponía de manifiesto su ineptitud para responder satisfactoriamente a los problemas planteados por los cambios sociales<sup>39</sup>. El sociologismo, por su parte, nacido como reacción ante las insuficiencias formalistas, tuvo la virtud de destacar las conexiones entre realidad social y realidad jurídica, así como la necesidad de introducir el análisis causalista<sup>40</sup> y funcional o finalista en la investigación jurídica<sup>41</sup>. Ello contribuyó, sin duda, a la modificación de

---

<sup>38</sup> Esto suponía "la escisión entre el elemento formal y material del derecho, para hacer objeto de consideración científico-jurídica sólo al primero", lo que producía una obvia desnaturalización del análisis jurídico, puesto que, en última instancia, el jurista "tiene que considerar ambos elementos, no sólo porque están enlazados, sino mutuamente condicionados". (HERNÁNDEZ GIL, Metodología...cit., p. 21-22) (el subrayado es nuestro).

<sup>39</sup> En este sentido es preciso señalar que, si bien es comprensible la fascinación de los juristas por el sistema abstracto-conceptual propio del formalismo jurídico, hasta el punto de que muchos de ellos "identifican sin más la idea del sistema con el sistema abstracto-conceptual", tal actitud no es, en absoluto justificable. El "miedo de abandonar, a la vez que el sistema abstracto-conceptual, la pretensión de científicidad", hace que pasen "por alto que la Ciencia jurídica, por pertenecer a las ciencias 'comprensivas' en sentido estricto, sólo puede justificar su pretensión mediante el desarrollo de modos de pensamiento adecuados a su objeto y hermenéuticamente garantizados, no mediante el intento inútil de una acomodación a los métodos de las Ciencias 'exactas'" (LARENZ, op. cit., p. 439). Con igual elocuencia, GENY (Método...cit., p. 681) pondrá de manifiesto lo contraproducente de esta actitud metodológica, ya que "desde el momento que se pretende hacer de la jurisprudencia una especie de geometría social, sin la certeza racional de las bases que exige toda ciencia matemática, se la desnaturaliza y se la convierte en un arte puramente mecánico, y se la destierra poco a poco del campo de la ciencia". (Las cursivas son nuestras).

<sup>40</sup> Si bien, teniendo en cuenta que "las causas que explican el derecho vigente pueden ser de muy diverso tipo: económico, religioso, costumbre, mentalidad social, cambios demográficos, naturaleza humana, historia inmediata, etc". Por ello, "frente a la consideración monocausalista (que supone la existencia de una única causa, como es el caso del marxismo con la economía), lo más plausible es el análisis causalista multifacético o pluridireccional, que permite conocer la generación de las instituciones en todas sus dimensiones" (ROBLES, La sociología...cit., p. 140).

<sup>41</sup> V. BOBBIO: "El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas", en Contribución a la teoría del derecho, cit., p. 256 ss. Para este autor el análisis funcional es el único que "permite darse cuenta de las repercusiones que las transformaciones de la sociedad tienen sobre la transformación del Derecho"

los hábitos mentales, anquilosados por la práctica de las técnicas subsuntivas de análisis<sup>42</sup>. El derecho no era una parcela cerrada, sino que recibía las influencias de los impulsos sociales que, a su vez, resultaban afectados por la ordenación jurídica. El mérito del sociologismo fue poner de manifiesto esta relación<sup>43</sup>. Su defecto, considerar que realidad jurídica y realidad social podrían soportar idénticas formas de conocimiento, sin percatarse de que se estaba ante realidades de diversa naturaleza<sup>44</sup>.

---

(p. 269). Asimismo, gracias a su concurso se han podido efectuar las modernas construcciones que distinguen entre normas de conducta y normas de organización, o la formulada por HART, que clasifica a las normas en primarias y secundarias. Como señala BOBBIO (art. últ. cit., p. 276), "en ambas distinciones el criterio discriminador es primordialmente funcional".

<sup>42</sup> Esta técnica, también llamada "silogística", consistía en buscar conclusiones (silogismos) mediante un proceso rigurosamente deductivo, en el que, partiendo de una serie de preceptos, y por el juego entre premisas mayores y menores, se llegaba a la elaboración de "una summa magistral aislada de toda influencia exterior, que aún cuando se trate de una obra jurídica, puede no tener nada de común con la justicia, la equidad y la utilidad social, y ser una obra acabada de lógica" (SALEILLES: Prólogo a la obra de GENY: Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo, REUS-MADRID, 1925, p. VI-VIII). Pero, como irónicamente señala SALEILLES, "no nos riamos prematuramente": Las ventajas que presentaba éste método son obvias. En primer lugar, constituía "una garantía contra la arbitrariedad"; en segundo lugar, "poseía una cierta apariencia científica". Ello no obstante, tenía un defecto insalvable: "encerrar en una red de abstracciones, sin más realidad que en el pensamiento, a una ciencia, que ante todo es una ciencia social, la ciencia social por excelencia". (En el mismo sentido, GENY, Método... cit., p. 593). Como críticamente señala LARENZ (op. cit., p. 442), en relación a la ilusa pretensión de los que utilizaban la técnica subsuntiva, "la multitud de sucesos de la vida, relevantes bajo puntos de vista jurídico-valorativos, es imposible repartirla jamás en un sistema aun tan refinadamente pensado de cajones intercomunicados entre sí e inmodificables, que sólo fuera preciso sacar para volver a encontrar cada suceso en una de estas casillas". Por ello, "los maestros más eminentes del derecho han ido poco a poco prescindiendo de esos procedimientos estrechos y pobres, bajo los cuales la ciencia jurídica languidecía y se ahogaba" (SALEILLES, op. y loc. cit.), adoptando otro tipo de métodos capaces de avanzar "mucho más allá de las fórmulas legales y de la técnica esotérica" (GENY, op. últ. cit., p. 678).

<sup>43</sup> Como señala HERNANDEZ GIL (La ciencia... cit., p. 125), la gran aportación del sociologismo consistió en la introducción de las causas y los fines en el conocimiento jurídico, es decir, "se causaliza la reflexión cognoscitiva en un sentido genético y en un sentido teleológico".

<sup>44</sup> Elocuentemente, GURVITCH (op. cit., p. 16), apunta como el sociologismo "llega a reducir el derecho a una fuerza social bruta, es decir, a hacer oscurecer el objeto de su investigación, y, por amor a la realidad, a cerrar los ojos sobre la realidad específica del derecho". Al respecto, CARNELUTTI (Metodología... cit., p. 55) pone de relieve, en contra de la concepción materialista, la verdadera naturaleza de la materia jurídica: "pensamiento unido a la acción". En el mismo sentido, ROBLES (La sociología... cit., p. 127) observa cómo uno de los principales inconvenientes que presenta la posición sociologista, con claras repercusiones en el plano conceptual, donde se produce un "trasvase sin escrúpulos" (RODRÍGUEZ MOLINERO, op. cit., p. 96), es no haberse dado cuenta de que "el derecho posee una autonomía propia, en cuanto, a su propio ser, que hace que sea imposible reducirle a un simple conjunto de hechos". Para este autor, la realidad jurídica es una realidad "convencional", es decir, es fruto de "una decisión o conjunto de decisiones de los hombres", en definitiva, de un



En definitiva, se podría decir que el formalismo, poniendo excesivo énfasis en el aspecto estructural del derecho, eliminó todo elemento funcional o teleológico, y el sociologismo, como respuesta, trajo a colación el mundo de lo fáctico mediante la introducción del análisis causalista y funcional, pero a costa de prescindir de lo que constituye la propia esencia del derecho: su materialización en una estructura convencional, es decir, su configuración como un orden específico sometido a sus propias reglas. Como puede observarse, los resultados de ambas reducciones son inadmisibles porque parcializan y distorsionan el conocimiento jurídico<sup>45</sup>.

La solución pasaría, por tanto, por la superación de esta común deficiencia buscando la complementariedad entre ambas posiciones metodológicas. Los ensayos teóricos actuales se han desarrollado, principalmente, en esta línea<sup>46</sup>, pudiendo ser comprendidos, con más o menos matizaciones, en el que se ha podría llamar "estructuralismo funcionalista", expresión mediante la que se alude al denominador común de todas las versiones integradas dentro de esta corriente metodológica: la integración entre estructura y función en el conocimiento jurídico<sup>47</sup>. De este modo, esta expresión es

---

hecho fáctico, y no hay que olvidar que "del conocimiento de la facticidad no podemos extraer nunca el conocimiento de la entidad convencional que es el derecho" (op. ult. cit., p. 128-130; en parecidos términos, GENY, Método... cit., p. 596). En conclusión, como sentencia BOBBIO ("Derecho y ciencias sociales", cit., p. 229), "acercamiento no quiere decir confusión" (el subrayado es nuestro).

<sup>45</sup> V., en este sentido, CARNELUTTI: Teoría general del derecho, ERDP-MADRID, 1941 (Tr. C. Posada); p. 12 ss., esp. p. 13; asimismo, GENY, Método... cit., p. 682; BERGEL, op. cit., p. 169.

<sup>46</sup> A pesar de que en la actualidad cuenta indudablemente con un grado mayor de perfeccionamiento, sus primeras formulaciones las podemos encontrar en GENY (Science et Technique en droit privé positif, V. II, SIREY-PARIS, 1927).

<sup>47</sup> En sentido propio, y más allá de la introducción del análisis funcional del derecho, ya acometida por BONFANTE, que efectuó una trasposición del "lamarckismo" naturalista, la integración entre función y estructura alcanza con CARNELUTTI su primera gran formulación. En efecto, para este autor la función no debe ser contrapuesta a la estructura sino que ambas deben integrarse para un mejor conocimiento de la realidad jurídica, "presentándola así como a la

reveladora de la combinación que, en sede dogmática, se lleva a cabo entre los aspectos más significativos de los métodos tradicionales<sup>48</sup>. En conclusión, la denominada "dogmática abierta" expresa, simultáneamente, el carácter genuinamente jurídico de esta perspectiva metodológica (lo que conlleva que el análisis se efectúe con base en "estructuras" o categorías propias), por un lado, y de su especial susceptibilidad a las exigencias funcionales que imponga la realidad social, por otro. De ahí que todos los intentos en esta dirección tuvieran como común objetivo la construcción de esquemas analíticos capaces de integrar, en la elaboración de sus elementos estructurales básicos (categorías<sup>49</sup>),

---

elaboración conceptual que ha de subseguir" (v. HERNANDEZ GIL, Metodología... cit., p. 279). En el mismo sentido, GURVITCH, L'idée... cit., p. 131. Para este autor la integración entre función y estructura resulta ineludible como método de investigación jurídica. De este modo, "la 'función social' del derecho, que, a veces se cree deber oponer a su 'estructura jurídica', como algo exterior a ella, demandando ser estudiada especialmente dentro de la sociología, es para nosotros immanente a la estructura intrínseca" del derecho. En el análisis constructivo, se puede decir que la distinción entre función y estructura tiene como misión penetrar mejor "en la consideración del dato", lo que acontece mediante la "ponderación del elemento teleológico en las instituciones jurídicas, porque función no quiere decir literalmente cómo funciona la institución (esto es todavía un aspecto estructural de la misma), sino para qué "funciona", o sea cuáles son los fines a que se dirige y que cumple" (BADENES GASSET, op. cit., p. 273-274).

<sup>48</sup> Sin embargo, es necesario evitar los equívocos a que podría llevarnos la existencia de corrientes sociológicas y filosóficas de similar nomenclatura. Entre éstas se puede citar el llamado "estructural-funcionalismo" de PARSONS, BREDEMEIER o EVAN, autores que han desarrollado una teoría sobre el orden social, su mantenimiento y la asimilación de los por el mismo (v. TREVES: La sociología... cit., p. 203 ss.), con lo cual, su acercamiento al derecho se produce por razones (y desde perspectivas) muy diferentes a las puramente metodológicas aquí tratadas. Ello no obstante, autores calificados de funcionalistas, tales como LUHMANN, han efectuado una inversión de los esquemas analíticos propios de esta corriente, lo que unido a la concesión de una mayor centralidad al derecho en relación con la sociedad, han proporcionado, como veremos, innegables avances en el ámbito de la dogmática jurídica y su conexión con la sociología teórica del derecho, que no deben desdeñarse por apriorismos infundados (v. al respecto, op. cit., p. 214 ss.). Por otra parte, el llamado análisis funcional del derecho, aunque pudiera parecer más cercano a la línea metodológica aquí esbozada, al desatender todo aspecto estructural del sistema jurídico, su utilidad a estos efectos es importante, pero, obviamente, parcial. Las aportaciones que en este sentido efectúa BOBBIO (v. los trabajos recopilados en su interesante obra: Dalla struttura alla funzione, MILANO, 1984; los más relevantes se pueden encontrar traducidos en Contribución a la teoría del derecho, cit.), son esclarecedoras en relación con los fines y funciones que el derecho como instrumento de organización social, pero para ser útiles desde el punto de vista metodológico hubieran necesitado integrar ese análisis en la estructura interna del derecho, fase a la que inexplicablemente no llega BOBBIO, a pesar de reconocer las recíprocas influencias existentes entre los aspectos funcionales y estructurales del derecho (v., al respecto, op. ult. cit., p. 277).

<sup>49</sup> En relación con la construcción jurídica, por "categorías" entendemos, con HERNANDEZ GIL (La ciencia jurídica... cit., p. 72) "los puntos claves, las condensaciones lingüísticas prototípicas o simplemente predominantes del discurso científico elaborado en términos dogmáticos por la ciencia jurídica". De este

elementos de orden valorativo, principalmente, funcionalistas o finalistas. Su objetivo era sintetizar ambos aspectos, en principio antitéticos, lo que ocurre en el proceso de conceptualización dogmática, momento en el que se produce el contacto entre lo jurídico y lo fáctico.

Por ello, estas propuestas integradoras no sólo sirvieron para superar el rígido estructuralismo formalista, sino, al mismo tiempo, para poner en evidencia la compleja interrelación entre el derecho y la sociedad, para cuyo entendimiento el mero análisis causalista (a veces, monocausalista) del sociologismo también resultaba claramente insuficiente, como hemos tenido ocasión de apuntar<sup>50</sup>. Esta superación se consigue, por tanto, mediante la introducción del análisis funcional o teleológico en la dogmática, es decir, poniendo la función al servicio de la construcción jurídica<sup>51</sup>; lo que, en definitiva supone la armonización entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático<sup>52</sup>, tradicionalmente contrapuestos<sup>53</sup>.

El resultado no podría ser otro que la modificación de las pautas constructivas y, por ende, de los hilos que cohesionan la estructura global del ordenamiento. Los mecanismos a través de los cuales se produce la interacción de todos los elementos estructurales resultan afectados por esta modificación, de tal manera que la integración total de todos ellos, su reconducción hacia una especie de unidad de

---

modo, se puede establecer que "las principales categorías con que opera la construcción jurídica son las normas, los conceptos, las relaciones, las instituciones y el sistema".

<sup>50</sup> V., sobre el tema, ROBLES, La sociología...cit., p. 139 ss.

<sup>51</sup> GURVICT, L'idée...cit., p. 132.

<sup>52</sup> MENGONI, "Il contratto collettivo..."cit., p. 266-267.

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ GIL, La ciencia jurídica...cit., p. 98.

sentido, responde a nuevos principios que ya no son producto de una matemática exacta, sino de algo mucho más complejo, pero no por ello inescrutable<sup>54</sup>.

Independientemente de la denominación que se le otorgue a este tipo de tentativas, lo realmente importante es comprobar su virtualidad explicativa en relación a los concretas necesidades que se planteen, que, por su parte, serán diversas en función de las peculiaridades de la realidad sobre la que se proyecta cada una de las disciplinas jurídicas<sup>55</sup>.

### 3.- EL MARCO DE ANÁLISIS ADECUADO: LA ELABORACIÓN DOGMÁTICA DE LOS CONCEPTOS DE "DERECHO" Y "FUENTE".

La incardinación de la negociación colectiva en el sistema de fuentes del derecho o, lo que es lo mismo, la construcción de su modelo teórico debe partir de las premisas metodológicas esbozadas<sup>56</sup>. Como quiera que el modelo teórico

---

<sup>54</sup> La construcción jurídica, por tanto, debe estar inspirada "en una cierta conciencia del fin que debe satisfacer", siendo ineludible buscar el fundamento del derecho "en un orden de cosas superior, que sólo el esfuerzo del pensamiento puede descubrir enteramente" (GENY, Método...cit., p. 596).

<sup>55</sup> Sin embargo, hay que tener presente que, a pesar de la existencia de diversas disciplinas o parcelas diferenciadas de estudio cuyo objeto es facilitar el análisis pormenorizado de un derecho cada vez más denso y complejo, ello no significa, de ningún modo, prescindir de su carácter unitario. Esta unidad supone, en última instancia, que aspectos tan esenciales como la creación jurídica sean comunes a todas las disciplinas jurídicas y, por ello, que su estudio acabe siendo reconducido a la teoría general del Derecho. En efecto, como señala CARNELUTTI ( Metodología...cit., p. 62) la unidad del derecho es un principio metodológico fundamental, lo que "quiere decir que hay que compadecer al científico que teniendo sobre su mesa un trozo cortado del cuerpo del Derecho para hacer su análisis, se ilusiona creyendo que aquel trozo forma un Derecho entero"; por el contrario, "la realidad del Derecho no está en ninguna parte, sino en el todo y en su unidad. Para ver el Derecho vivo hay que trepar lo más alto posible, donde el ojo pueda abarcar, en cuanto quepa, su inmensa realidad".

<sup>56</sup> Según hemos visto, el principal objetivo de la indagación metodológica es elaborar un marco teórico-jurídico con capacidad para dar cobertura a todo tipo de construcciones dogmáticas, y principalmente, a los llamados "modelos teóricos" cuya "importancia y significación para el derecho" consiste en "la accentuación de la reproducibilidad de las estructuras" (LUHMANN, op. cit., p. 97). Por otra parte, esta expresión es claramente heredera del llamado "tipo ideal", clásico instrumento de la formulación metodológica weberiana (v. WEBER: Economía y Sociedad, cit., p. 9 ss.).

no puede concebirse como una especie de compartimento estanco, sino que su propia comprensión exige la conexión con el todo donde se inserta, se impone, como presupuesto insoslayable, la configuración del marco general de análisis.

En consecuencia, parece evidente que una de las virtudes esenciales de la configuración de dicho marco debe ser su carácter totalizador u omnicomprensivo, es decir, ha de servir para poner en relación cada una de las instituciones jurídicas con las demás. En la teoría general del derecho este marco global es denominado sistema<sup>57</sup>, categoría jurídica que, cumpliendo esa función<sup>58</sup>, responde a las exigencias de unidad y orden del conocimiento jurídico<sup>59</sup>, de ahí la

---

<sup>57</sup> Como es obvio, la exigencia de que el conocimiento jurídico se desarrolle de forma sistemática proviene no sólo de la necesidad de una mínima ordenación del material jurídico-normativo, de indudable utilidad práctica, sino también porque sólo así es posible encontrar las pautas que lo identifican como tal y rigen su evolución. Precisamente, una de la grandes aportaciones de SAVIGNY (Sistema del Derecho Romano actual (T. I), GONGORA-MADRID, 1878) fue, sin duda, la introducción del concepto de sistema en el análisis jurídico. Así afirmará que "todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que la armonía de este sistema en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia" (p. 27). Una de las principales consecuencias de esta apreciación es, según el autor, que "se ve claramente cuán falsa es la opinión que considera la teoría y la práctica del derecho como cosas diversas y opuestas" (ib.), ya que teóricos y prácticos, a pesar de sus distintas funciones, deben seguir "un mismo orden de ideas" (ib.). Como señala HERNÁNDEZ GIL (op. cit., p. 27), al comentar la importancia de la obra savignyana en este aspecto, "el conocimiento sistemático califica el saber jurídico como ciencia". Asimismo, LARENZ (op. cit., p. 171) argumentará que "todo sistema sintetiza el grado de conocimiento alcanzado en el trabajo sobre problemas particulares: los principios jurídicos conocidos en su relación recíproca, así como las estructuras objetivas conocidas, que nos salen al encuentro en el caso y en el objeto de regulación". De esta manera, "una ciencia que sólo trabajara con problemas particulares no estaría en situación de avanzar en el descubrimiento de mayores conexiones de problemas para nuevos principios; tal ciencia no reconocería en la comparación jurídica la afinidad de función de institutos y reglas positivas diferentemente acuñados".

<sup>58</sup> BOBBIO (Teoria dell'Ordinamento giuridico, GIAPICHELLI-TORINO, 1960; p. 69) define el sistema como "una totalidad ordenada" o "un conjunto de entes entre los cuales existe un cierto orden". Precisamente, la aportación fundamental del estructuralismo "con su noción de estructura subyacente al mundo de los hechos y relaciones", fue establecer "la relación todo y partes", de manera que "lo importante son las posiciones, las relaciones y las partes tienen sentido en función del todo, que a su vez no es sólo suma de partes" (MARÍN PÉREZ, Introducción a la ciencia del derecho, TECNOS-MADRID, 1979; p. 87). En el fondo, lo que se pretende satisfacer mediante estas pretensiones de ordenación unitaria es "la necesidad que el jurista siente de que el ordenamiento posea interna coherencia" (DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 181).

<sup>59</sup> V. en este sentido, RODRÍGUEZ MOLINERO, op. cit., p. 193. Para LARENZ (op. cit., p. 171), compartiendo al respecto la opinión de CANARIS, estos dos elementos, unidad y orden, representan las ideas comunes a todo concepto de sistema. Por unidad hay que entender la existencia de uno o varios puntos centrales de referencia. Por orden, la existencia de una conexión continua y una

identificación entre sistema jurídico y ordenamiento jurídico<sup>60</sup>

Siendo una categoría indiscutible en la ciencia jurídica, las discrepancias surgen a la hora de determinar tanto los elementos que lo integran como las reglas que rigen la ordenación de los mismos dentro del sistema, problema que, como hemos visto, es de índole metodológica. Es necesario, por tanto, delimitar previamente el ámbito objetivo que queda comprendido dentro del sistema jurídico o, lo que es lo mismo, identificar el concepto de derecho que se deduce de la propuesta metodológica efectuada (4.1). Sólo así, una vez definido el marco general de análisis (sistema jurídico), será posible situar en él los mecanismos de producción normativa (4.2), marco específico (sistema de fuentes) donde se ha de llevar a cabo el proceso de juridificación de la negociación colectiva.

### 3.1.- Un concepto de derecho "adecuado a la sociedad": el derecho como organización.

---

compatibilidad lógica de todos los enunciados". (Las cursivas son nuestras). Es este el sentido que debe darse a la definición del derecho de KELSEN como "orden de la conducta humana", lo que quiere decir que "únicamente sobre la base de la clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho" (Teoría General del Derecho y del Estado, cit., p. 3). De este modo, para KELSEN lo que define una norma como jurídica es su pertenencia al ordenamiento, el "descubrimiento del sistema" se convierte en "meta última de la investigación, entendido el sistema como esa totalidad cuya estructura, una vez individualizada, permite explicar la composición, el movimiento y el cambio de las partes específicas" (BOBBIO, "Kelsen y...cit.", p. 247). Ambos elementos, unidad y orden, otorgan al derecho la corporeización necesaria para hacerlo útil a su finalidad última: la organización social (v. infra). Como señala RIPERT (op. cit., p. 51), "la vida no podría ordenarse más que siguiendo unas reglas precisas y que los hombres pudiesen conocer antes de actuar. Estas reglas forman un todo y su sistematización es una necesidad para su conocimiento y su aplicación".

<sup>60</sup> DELL'ACQUA, art. cit., p. 597. De este modo, la categoría de alcance global utilizada por la dogmática para designar al derecho en su conjunto es la de sistema" (HERNÁNDEZ GIL, La ciencia jurídica...cit., p. 80). Se puede decir, por tanto, que son dos caras de la misma moneda, ya que "el sistema conceptual es reflejo de un sistema real inherente al modo de ser del derecho" (op. y loc. ult. cit.).

La búsqueda de conceptos "adecuados a la sociedad"<sup>61</sup>, derivada de la propuesta metodológica esbozada ("dogmática abierta"), debe iniciarse, de forma inexorable, por la propia noción de derecho. Indudablemente, la concepción de derecho que se desprende de dicha propuesta es bien diferente de la que dimanaba de los antagónicos métodos clásicos. Frente al formalismo, que identificaba derecho y norma positiva, la introducción del análisis funcional impone el reconocimiento de aspectos que, sin dejar de ser jurídicos, no son estrictamente normativos. Normatividad y juridicidad no son, pues, términos sinónimos: lo jurídico integra lo normativo pero no se agota ahí<sup>62</sup>. Frente al sociologismo, por su parte, que identificaba derecho y hecho social, se impone la evidencia de que, a pesar de las mutuas implicaciones entre realidad social y realidad jurídica<sup>63</sup>, esta última tiene caracteres propios que forjan su propia estructura e imposibilitan una asimilación de pautas cognoscitivas: resumidamente, se trata de una realidad

---

<sup>61</sup> La expresión es de LUHMANN, op. cit., p. 93 ss.

<sup>62</sup> La negación de una concepción normativista o "legalista" del derecho es immanente a su propia esencia, convirtiéndose en presupuesto insoslayable para su verdadera comprensión. De este modo, como afirma SANTI ROMANO, op. cit., p. 99, "la definición del derecho no puede coincidir con la de las normas que en él se comprenden, aún admitida, incluso, la hipótesis de que no sea posible encontrar en aquél más elementos esenciales que esas mismas normas". En este orden de ideas, y relativizando la importancia del elemento normativo, el ilustre autor italiano argumenta que "el ordenamiento jurídico así entendido en su conjunto, es una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien un objeto, e incluso el medio de su actividad, que no un elemento de su estructura" (op. cit., p. 100). En el mismo sentido, para DWORKIN "el derecho no se puede identificar con la normas (...). El concepto de derecho incluye normas, directrices y principios. Las normas se pueden identificar mediante la norma básica o una regla de reconocimiento. Pero las directrices y los principios no" (CALSAMIGLIA, Introducción... cit., p. 103). Por eso, como opina HELLER, "la ciencia normativa del Derecho no puede explicar la esencia de la juridicidad, sino que cae meramente en un sistema lógico vacío, que huye de enfrentarse con los verdaderos problemas de la misma" (BADENES GASSET, op. cit., p. 158).

<sup>63</sup> Independientemente del complejo nudo interactivo que pueden establecerse entre una y otra, así como del patente carácter recíproco de las influencias, puede decirse, simplificando, que la realidad social aporta a la jurídica lo que GENY llama "datos reales" (donnés), es decir, "aquéllos que consisten en las condiciones de hecho donde se encuentra situada la humanidad" (RIPERT, op. cit., p. 36).

artificial o convencional, y no fáctica<sup>64</sup>.

Como puede observarse, en uno y otro caso se incurre en un patente reduccionismo, propio del positivismo, bien sea jurídico o sociológico<sup>65</sup>. De esta manera, sólo superando la estricta positividad puede concebirse la existencia de una zona de confluencia en donde, sin traspasar los umbrales de lo jurídico, aparezcan combinados los elementos funcionales y estructurales que integran la naturaleza del derecho y que, en última instancia, revelan su verdadera esencia al hacerla aprehensible por nuestro conocimiento.

Adaptabilidad funcional y solidez estructural son, pues, los principales requisitos que debe reunir una concepción de sistema acorde con los parámetros metodológicos establecidos. La solidez del sistema, por una parte, es presupuesto de su necesaria cohesión interna, y se concreta en el mantenimiento constante de sus caracteres básicos: orden y unidad. La adaptabilidad funcional, por otra parte, va referida a la necesaria capacidad del sistema de dar respuesta a los problemas que sucesivamente se planteen, integrando todos los cambios en su propia estructura. Por tanto, todos los

---

<sup>64</sup> V. al respecto, ROBLES, *La sociología...cit.*, p...; y HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica...cit.*, p. 118 ss. Como observa este autor, a pesar de la necesidad de una cierta conexión entre ciencia jurídica y sociología, "hay que deslindar hasta dónde llega lo socialmente condicionante y dónde aparece lo jurídicamente per se, como también es preciso tener en cuenta la función conformadora y correctora de los socialmente dado, desplegada en ocasiones por el tratamiento jurídico (...). Suele olvidarse que los hechos se dan dentro de un sistema social, y el sistema social y el jurídico, conceptualmente escindibles, no existen separadamente de manera que el primero preceda al segundo, lo fundamente y determine, porque el propio sistema social supone una articulación jurídica. Y, sobre todo, el derecho también tiene su propia realidad" (p. 119). En conclusión, es preciso excluir "el pleno isomorfismo variación social/variación jurídica" (p. 120), ya que de otro modo, el derecho no pasaría de ser un simple epifenómeno.

<sup>65</sup> Como señala HERNÁNDEZ GIL (*La ciencia jurídica tradicional...cit.*, p. 124), "ambos positivismos -el normativista y el de los hechos- acotan un sector de la experiencia jurídica, sin convertir en materia del conocimiento jurídico todo lo que puede serlo. Aun cuando uno y otro tipo de investigación se yuxtapongan, el objeto no queda cognoscitivamente absorbido por la comprensión científica". Ello es debido a que dicha comprensión no es posible sin la integración analítica de los fines en la investigación jurídica, algo que era impedido por "el difundido y persistente antiteleologismo en la teoría del Derecho, común a los juristas y a los sociólogos" (BOBBIO: "El análisis funcional del derecho..." cit., p. 259).



elementos que componen esta estructura (categorías) deben participar, simultáneamente, en este doble proceso de cohesionar y adaptar al sistema en su conjunto<sup>66</sup>.

La solución habrá de lograrse, por tanto, mediante la ampliación del concepto de derecho hasta comprender aquella zona nuclear donde se encuentran esos elementos básicos que, en interacción permanente, van forjando su fisonomía<sup>67</sup>. Según hemos visto, la capacidad para aprehender la realidad jurídica depende, de forma directa, del método de análisis utilizado, hasta el punto de que la propia concepción del derecho será completamente diversa en función de la perspectiva metodológica empleada. Pues bien, sólo mediante la contemplación del fenómeno jurídico en base a las coordenadas metodológicas antes esbozadas (integración función/estructura), es posible captar la idea rectora de su esencia. Esta es la idea de organización: el derecho es, ante

---

<sup>66</sup> Por ello, tiene razón BOBBIO ("Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen", en Contribución a la Teoría del Derecho, cit., p. 245 ss.) cuando afirma que, sin duda, la principal aportación de KELSEN es la consideración del derecho como un sistema, es decir, como un todo orgánico u ordenado. En efecto, hasta KELSEN el estudio del derecho se llevaba a cabo, pues, mediante la teoría de la norma jurídica. El mérito de KELSEN fue comprender "la importancia del concepto de sistema para la identificación del derecho", de tal manera que, "una teoría del sistema jurídico es un requisito indispensable para la definición de norma jurídica" (CALSAMIGLIA, Introducción... cit., p. 114-115). Su defecto, sin embargo, fue contraponer análisis estructural y análisis funcional (BOBBIO, "Kelsen y...cit.", p. 247-248), de tal manera que el sistema por él ideado se erigía sobre unas conexiones de tipo lógico-axiomático, prescindiendo por tanto de otro tipo de elementos (valores, fines y funciones), que, no obstante, eran los únicos que podrían revelar sus auténticas "conexiones de sentido" (v. infra).

<sup>67</sup> A pesar de que el conjunto de esos elementos son necesarios para una definición suficiente de derecho, las tesis formalistas, invariablemente, los han considerado como metajurídicos, es decir, excluidos de la órbita de lo jurídico y "colocados erróneamente en una especie de limbo" (SANTI ROMANO, op. cit., p. 174). Hay que tener en cuenta que, como señala SALEILLES (op. cit., p. IX), "entre las concepciones vivas que el texto contiene y lo que del exterior se le une, procedente de la vida económica y del medio social, se opera un incesante cambio de acciones y reacciones, mediante el cual se realiza el progreso jurídico". En conclusión, el sistema, al que el derecho puede ser reconducido a efectos cognoscitivos, "no es un palacio construido, según plan previamente dispuesto y al cual no pueda tocarse; es un conjunto de construcciones arquitectónicas renovadas continuamente, cuidando de que las unas guarden relación con las otras y formen un todo armónico" (op. ult. cit., p. X). De ahí que se pueda concluir que "la interpretación jurídica, lejos de estar limitada por la ley escrita, o por las categorías estrechas de una lógica abstracta, no puede hallar amplio campo en que desarrollarse su terreno propio, digámoslo así, más que en el medio moral, social y económico, que viene a ser la atmósfera del mundo jurídico". (Las cursivas son nuestras).

todo, organización<sup>68</sup>.

### 3.1.1.- El doble sentido de la concepción de derecho como organización.

La idea de organización o institución es, por tanto, el único modo de integrar armónicamente elementos de índole funcional y estructural<sup>69</sup>. En efecto, la existencia de un elemento organizativo se intuía como estructuralmente

---

<sup>68</sup> V. SANTI ROMANO, op. cit., *passim*. Para este autor la esencialidad del carácter organizativo es tan definitoria que, tajantemente, concluye: "No es derecho aquello y sólo aquello que carece de organización social" (p. 132). Esta idea de organización como algo constitutivo de la propia noción de derecho, toma cuerpo en el concepto de "institución", acuñado por autores anteriores a SANTI ROMANO, señaladamente, por HAURIUO. Ambos autores, partiendo de la necesidad de "reajustar sus pensamientos para acomodarlos a la vida" (BADENES GASSET, op. cit., p. 185, n. 353), o, lo que es lo mismo, de evitar caer en la trampa de "subordinar la realidad al concepto" (SANTI ROMANO, op. cit., p. 143), y sin que ello significase caer en un puro sociologismo, descubren que "el elemento primordial es desde luego, el elemento organizativo" (MARTIN-RETORTILLO, Estudio preliminar a SANTI ROMANO, op. cit., p. 47). Y ello sin perjuicio de que éste sea el único carácter común a los institucionalismos de ambos autores, siendo más técnico-jurídico el de SANTI ROMANO que el de HAURIUO, más metafísico (op. ult. cit., p. 48). El primero entiende por institución "la manifestación primaria, original y esencial del derecho, que a su vez no puede exteriorizarse sino en una institución" (op. cit., p. 131). Este elemento organizativo, básico y primigenio, del derecho se concretaba en la institución: el derecho era una institución. Así, como afirmaba HAURIUO criticando las tesis de DUGUIT, más allá de la regla de derecho, "el verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución", de tal manera que "son las instituciones las que hacen las reglas de Derecho y no tales reglas las que hacen las instituciones" (TREVES, op. cit., p. 92). Independientemente de la adopción o no de las tesis institucionalistas, lo que resulta evidente es que sólo así entendida, como organización, es posible examinar la realidad jurídica en toda su dimensión, permitiendo incorporar al análisis "todos los elementos de la civilización actual, en cuanto revelan un estado de equilibrio en que surgen, como de sí mismas, muchas necesidades jurídicas del presente" (GENY, Método..., cit., p. 585). En este sentido, se puede destacar la función comunicacional que el derecho desempeña en la sociedad actual, hasta el punto de convertirse en un "producto cultural" (DIEZ PICAZO, op. cit., p. 164), erigiéndose en "el mecanismo universal de comunicación" (v. ROBLES, La sociología..., cit., p. 167 ss.), punto de referencia común de la convivencia humana, a la cual ordena en todas sus dimensiones. Así, esta ordenación "se extiende desde la configuración de las estructuras políticas y sociales, hasta la concreción de roles jurídicos, posiciones o status", etc.; de tal manera que, "en la sociedad actual el derecho es el mecanismo de comunicación social más importante, la red universal de la comunicación entre los hombres". En esta función supera al mercado, "palabra que esgrimen los economistas con orgullo como plataforma universal del intercambio": "El derecho no sólo regula el mercado, sino que también penetra allí donde éste no llega" (p. 169). (Las cursivas son nuestras).

<sup>69</sup> Concebido así el derecho, es posible constatar la confluencia en el análisis jurídico de lo que CARNELUTTI (Metodología..., cit., p. 53 ss.) denominó "principios del proceso de observación": 1.- El principio de inmediatez (de claro matiz procesalista), consistente en la necesidad de observación directa del fenómeno jurídico. 2.- El principio de la "institucionalidad" del derecho (p. 59), revelador del carácter orgánico del derecho, y por ende, en la inexorabilidad de su contemplación como fenómeno único y global. 3.- El principio de la unidad del derecho, es decir, en la exigencia de su examen como un todo, a pesar de estar compuesto por una pluralidad de institutos, y de estudiarse en disciplinas separadas.

necesario para dar una visión completa de la naturaleza del derecho. Así, toda organización denota una cierta estabilidad de sus componentes, debido a que están sometidos a unas reglas, más o menos definidas, pero que proporcionan un mínimo soporte o estructura básica. De forma simultánea, la idea de organización es, en esencia, teleológica, es decir, se encuentra indisolublemente unida a la idea de fin<sup>70</sup>. Toda organización tiene una finalidad, o, lo que es lo mismo, una función. Pero al estar al servicio de unos fines determinados, la propia estructura interna de la organización, la ordenación de sus elementos, incorporan de forma mediata aquellos fines, de tal manera que un cambio en éstos provoca una recomposición de la estructura en que los elementos aparecían ordenados, con el objeto de convertirse en funcionalmente operativos para la consecución de los nuevos fines<sup>71</sup>.

De este modo, cuando afirmamos que el derecho es organización, nos estamos refiriendo a dos aspectos esenciales y complementarios en que puede desglosarse esta concepción de derecho. Por un lado, puede decirse que el derecho es un instrumento orientado a la consecución de unos

---

<sup>70</sup> Lo que revela, por ello, la otra gran coordenada del derecho: su historicidad. En efecto, la mutabilidad de los fines que persigue el derecho se hace perceptible, a todas luces, mediante la simple observación de su evolución histórica, siempre al par de los cambios sociales. Asimismo, es evidente, el cambio de los medios arbitrados al efecto. Por eso, como señala HERNANDEZ GIL (op. últ. cit., p. 101), "hemos de tener conciencia de que estamos siempre en el seno de un proceso" (el subrayado es nuestro).

<sup>71</sup> En general, como señala VILLEY (*Philosophie du droit*, V.I, DALLOZ-PARIS, 1986 (4<sup>o</sup> Ed.), p. 192), no es exagerado concluir que "toda la estructura de una ciencia depende de la idea que se tenga de su fin", ya que, "a cada gran tipo de definición de los fines y de la esencia del derecho corresponden otro tanto de teorías de las fuentes del derecho, de su método, y de sistemas lingüísticos constitutivos de la ciencia del derecho". Esta es, precisamente, la gran aportación de la concepción "institucionalista" del derecho: la introducción de "la organización generadora de la validez y la efectividad de las normas". De este modo, "la estricta normatividad (formal) es en parte trascendida con la ponderación de los valores, los fines y la realidad social (...). Desde todos estos puntos de vista el derecho opera en el campo de la significación. Las normas establecen cuál es el significado jurídico (por conformidad o contradicción) de sus referentes. La ciencia dirigida a su conocimiento es esencialmente una semántica del discurso jurídico" (HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia...*cit., p. 123) (el subrayado es nuestro).

fines que se estiman idealmente alcanzables por la sociedad, con lo cual es un medio de organización social<sup>72</sup>. En ésta, su vertiente externa, nos percatamos de cómo el derecho organiza y estructura la sociedad<sup>73</sup> conforme a sus propios fines<sup>74</sup>, y dentro, claro está, de unas determinadas coordenadas de espacio y tiempo<sup>75</sup>. Ello significa que ni la realidad que se pretende organizar, ni, en consecuencia, el derecho como medio de organización social, pueden entenderse en términos absolutos, bajo unos artificios técnicos, asépticos por "lógicos", que presupongan una ficticia inmutabilidad. Ambos están sometidos ineludiblemente al devenir histórico, lo que nos conduce, en definitiva, a

---

<sup>72</sup> V. SANTI ROMANO, op. cit., *passim*. Sobre las llamadas "funciones sociales del derecho", v. ROBLES: *La sociología...* cit., p. 141 ss. Utilizando una terminología de claro matiz sociologista, es posible afirmar que, a diferencia de otros subsistemas sociales (educación, economía, cultura), el derecho, al estar "siempre presente en toda realidad social relevante", más que un subsistema es "el medio de organización general de la sociedad en su conjunto", con lo cual "sus límites coinciden con los de la sociedad misma" (ROBLES, op. ult. cit., p. 141). (Las cursivas son nuestras). Sus funciones, por ello, son múltiples, apareciendo junto a aquéllas más genéricas, identificables conceptualmente con fines, tales como las de ordenación de la convivencia y mantenimiento de la paz social, otras más específicamente organizativas como las de planificación social y distribución de bienes y cargas. En general, entre la Sociedad y el Derecho existe una relación funcional que se pone de manifiesto al constatar la "dependencia originaria que el Derecho tiene de la Sociedad" (RODRÍGUEZ MOLINERO, op. cit., p. 55).

<sup>73</sup> Es lo que HERNÁNDEZ GIL (*La ciencia...* cit., p. 102) llama "racionalización progresiva": "El derecho racionaliza la convivencia; la dota de organización".

<sup>74</sup> De este modo, para GENY (*Método...* cit. p. 536 ss.) "todo movimiento de la voluntad depende de un fin asignado a su acción, y observando que la organización jurídica tiene por materia esencial las operaciones de la voluntad humana, se llega fácilmente a la consecuencia de que esta organización debe ser dominada enteramente por los fines prácticos". Este teleologismo, comúnmente preconizado por la doctrina jurídica más relevante (por todos, STAMMLER, op. cit., *passim*, esp. p. 577 ss.) traía como resultado que el mundo jurídico apareciese "dominado por la ley de la finalidad" (BADENES GASSET, op. cit., p. 244).

<sup>75</sup> En efecto, hay que tener en cuenta que la sociedad a la que se hace referencia, es decir, la que es organizada por el derecho, no debe ser entendida en términos universales, sino a cada una de las "sociedades estatales", único ámbito donde hoy día, y sin perjuicio de la potencial evolución futura del derecho internacional, el derecho se despliega. En conclusión, cuando se habla de derecho y sociedad, a pesar de su extrapolación al plano universal, se hace referencia inmediata al ámbito del estado-nación, único modo de entender hoy día la organización de la sociedad. Por eso SANTI ROMANO había "afirmado justamente que no es correcto hablar del Derecho italiano o francés, refiriéndose solamente a un acervo de reglas, mientras que en realidad es la organización compleja y diferenciada del Estado italiano o francés, en cuanto ordenamiento concreto, la que produce tal Derecho" (BOBBIO, "Teoría..." cit., p. 154). Como veremos con posterioridad, esta organización queda materializada, explícita o implícitamente, en la norma constitucional.

plantear el problema dentro del marco de las relaciones entre cambio social y cambio jurídico<sup>76</sup>. En conclusión, esta vertiente nos proporciona un observatorio privilegiado para contemplar la zona de confluencia inmediata entre derecho y sociedad.

Pero, a la vez, y como consecuencia de su función, el derecho se autoorganiza<sup>77</sup>, es decir, ordena su propia estructura en orden a la consecución de esos fines, reajustándose, mediante la recomposición de sus equilibrios internos, cada vez que se produce un cambio en éstos. La autoorganización no es otra cosa, por tanto, que la capacidad del derecho para estructurarse a sí mismo en función de los fines sociales que está llamado a cumplir, y, en

---

<sup>76</sup> Sobre esta compleja cuestión, v. DIEZ PICAZO, op. cit., p. 300 ss. En líneas generales, se puede decir que es un hecho incuestionable la influencia de los cambios sociales (entendiendo por tales, los económicos, tecnológicos, ideológicos y culturales) sobre el derecho. Los cambios jurídicos no son, sin embargo, automáticos, sino que necesitan de una especie de "procesamiento" de los datos que provienen de la realidad social; pero ello, en ningún caso se justifica una demora en la reacción del derecho basada en el aferramiento a lo establecido, por imperativos de seguridad jurídica (que no son, por su parte, incompatibles con las necesidades de cambio), o en base a difusos argumentos, tales como "la naturaleza de las cosas", etc. Como acertadamente concluye DIEZ PICAZO, "una postura negativa del cambio jurídico es insostenible lo mismo como experiencia histórica que como posición ontológica (...). El problema, entonces, no es si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, sino cómo cambia y qué es preciso que ocurra para que cambie" (op. cit., p. 307). En lo que respecta a la otra cara de la relación, es decir, a la influencia de los cambios jurídicos sobre los cambios sociales, hay que constatar que la historia muestra las evidentes limitaciones del derecho para transformar la sociedad (v. op. últ. cit., p. 320-321). Ello no obstante, las nuevas funciones que son asumidas por el derecho (v. BOBBIO, "El análisis...cit, p. 262 ss.), modifican totalmente su fisonomía tradicional que, ahora, resulta redimensionada. En efecto, el cambio de funciones derivado de la asunción por el derecho de los fines del Estado Social, va a suponer el abandono del tradicional papel sancionador del derecho, claramente pasivo, y el acogimiento progresivo de una posición rectora de la sociedad, lo que se materializa en la programación de una serie de técnicas incentivadoras o promocionales dirigidas a la consecución los objetivos marcados. Pero como señala BOBBIO (art. últ. cit., p. 269), esta nueva dimensión del derecho sólo puede ser puesta de relieve y, por lo tanto, aprehendida, mediante el "traslado del estudio del Derecho desde la estructura a la función y, por tanto, reclama un análisis, en el pleno sentido de la palabra, funcional".

<sup>77</sup> En conclusión, cuando se dice que el derecho es organización, se está haciendo referencia a dos aspectos diferentes del derecho pero indisolublemente conectados: Por un lado, que es un medio de organizar la sociedad; por otro lado, que, a su vez, se organiza para cumplir dicha finalidad. Este doble papel del derecho organización no ha sido percibido con suficiente claridad por los críticos de SANTI ROMANO (v. BOBBIO, "Teoría e ideología...cit, p. 159), quizás por circunscribir el análisis funcional del derecho a la vertiente externa al mismo, es decir, a su papel de organizador de la sociedad; sin embargo, al no incorporar dicho análisis a la propia estructura del derecho (premisa central de la propuesta metodológica que aquí seguimos), resulta imposible aprehender la segunda acepción de organización, es decir, la que denominamos autoorganización.

consecuencia, a recomponer su estructura (reestructurarse) cada vez que lo demande una redefinición de esos fines<sup>78</sup>. La evidente interrelación entre ambas esferas organizativas, una proyectada hacia el exterior del sistema jurídico y otra hacia su propia configuración interna<sup>79</sup>, justifican la perspectiva metodológica elegida, única con la suficiente capacidad explicativa al efecto. Su capacidad para integrar armónicamente estructura y función se concreta en el hecho de que es la función asignada al derecho como institución la que va a definir su propia estructura, modulando los diversos elementos que la componen y redefiniendo sus conexiones de sentido. La principal virtud del análisis funcional, así entendido, es la de servir para concebir cada institución en su conexión con el resto de las instituciones que forman el sistema jurídico y, en última instancia, con éste mismo. En definitiva, toma como punto de partida la función del conjunto del ordenamiento para descubrir la de cada una de sus partes<sup>80</sup>.

### 3.1.2.- La esfera intraorganizativa del derecho: la distinción entre "sistema interno" y "sistema externo".

Como es fácilmente perceptible, es esta faceta intraorganizativa (derecho como autoorganización) el objeto

---

<sup>78</sup> Como tendremos ocasión de comprobar (v. *infra*), dicha recomposición de equilibrios va a estar directamente conectada con la problemática de la producción jurídica, ya que afectará al reparto de poderes entre los centros con capacidad normativa, es decir, al llamado sistema de fuentes.

<sup>79</sup> Como acertadamente pone de manifiesto HERNÁNDEZ GIL (op. últ. cit., p. 129-130), "el derecho, regulador *ad extra*, presupone una regulación *ad intra*, de tal manera que "la organización de la sociedad, fin esencial del discurso normativo, tiene por base la organización del propio discurso que se articula conforme a un cuadro de correlaciones y contraposiciones".

<sup>80</sup> En este sentido, la solución técnica aportada por LARENZ y LUHMANN (v. *infra*) proporciona el instrumental necesario para hacer efectivo el sistema ideado por SANTI ROMANO, es decir, para llevar hasta sus últimas consecuencias la intuición que representa la noción institucionalista de derecho del maestro italiano.

central de análisis de la ciencia jurídica<sup>81</sup>. Situados en su esfera interna, se constata cómo el derecho interioriza aquellos fines sociales que de esta forma se "juridifican", convirtiéndose en los valores o principios inspiradores de todo el ordenamiento. Ello trae consigo, en primer lugar, una nítida separación entre organización (o institución) y actividad jurídica (emanación de normas), destacándose la lógica prevalencia del primer momento sobre el segundo<sup>82</sup>. En definitiva, las normas constituyen un elemento más, y ni siquiera el más importante, dentro del ordenamiento jurídico<sup>83</sup>, ya que, precisamente, el presupuesto de toda actividad normativa es precisamente la organización.

Se supera así la concepción formalista del derecho que únicamente tomaba en consideración la norma positiva, convirtiendo al derecho en mera normatividad, es decir, las normas, en su conjunto, constituían un sistema autofundado<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> La otra, más propia de la sociología jurídica, no es, sin embargo, patrimonio exclusivo de ésta, como ponen de manifiesto los teóricos del análisis funcional del derecho (señaladamente, BOBBIO).

<sup>82</sup> De este modo, "el aspecto fundamental y primario le viene dado al derecho por la institución en la que se concreta, y no por las normas -o, en general, por los preceptos- a través de los cuales actúa, que constituyen tan sólo un aspecto derivado y secundario" (SANTI ROMANO, op. cit., p. 138-139). (Las cursivas son nuestras).

<sup>83</sup> Como elocuentemente afirma SANTI ROMANO (op. cit., p. 96), si "se admite, como no hay duda, que un ordenamiento jurídico (...) no es una suma de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad en sí misma, y una unidad, quede bien claro, no artificial ni lograda por un procedimiento de abstracción, sino concreta y efectiva, debe reconocerse entonces que el ordenamiento es algo distinto de los elementos materiales que lo integran, e incluso debe estimarse que no se puede tener un concepto adecuado de las normas que lo forman, sin anteponer previamente el concepto unitario de aquél". Como señala al respecto MARTÍN-RETORTILLO (op. cit., p. 35-36), poniendo en evidencia la carga antipositivista contenida en la doctrina de SANTI ROMANO, es patente la "inconsistencia del orden normológico en cuanto a su valor general y totalizador", y por ello, "la imposibilidad, pues, de fijar el orden jurídico con carácter excluyente y total en base a un orden normativo". En conclusión, "el derecho es algo más, algo mucho más complejo que las simples normas en las que se concreta (...). No se trata de reducir el valor de lo normativo, sino simplemente de proclamar que ese orden no agota en sí mismo la realidad jurídica". (Las cursivas son nuestras).

<sup>84</sup> Sin embargo, la concepción instrumental del derecho no había pasado inadvertida a Kelsen, ya que, como pone de manifiesto BOBBIO ("Kelsen y...cit.", p. 251), "una de las afirmaciones más recurrentes en toda la obra kelseniana es que el Derecho no es un fin, sino un medio", es decir, vale para cualquier fin que se establezca. El problema, como es conocido, proviene de que elude toda mención a los fines y funciones del derecho y, lo que es más importante,

El institucionalismo, por el contrario, al priorizar el elemento organizativo que preexiste a la norma, hace que ésta encuentre su juridicidad únicamente en la pertenencia al sistema preordenado: una norma será jurídica si, y sólo si, encuentra su fundamento en la organización de la que, inevitablemente, debe traer causa<sup>85</sup>.

De este modo, si, a efectos analíticos, el derecho se identifica técnicamente con el concepto de sistema (y, como hemos visto, su configuración como categoría dogmática difiere en función de la propia concepción de derecho de la que se parta), la consecuencia inmediata que se deduce de este dato es que el sistema, sin perjuicio de su inamovible unidad, no puede concebirse únicamente como un conjunto ordenado de normas formando un todo inescindible o inamovible. Por el contrario, la necesidad de incorporar al análisis jurídico una serie de elementos que, aun no siendo estrictamente normativos, constituyen el fundamento directo de las normas positivas necesitan de un concepto de sistema con virtualidad para servir de referente estable para explicar el dinamismo de la realidad jurídica en tanto que

---

construye todo su sistema prescindiendo totalmente de aquéllos. He aquí la gran paradoja: Al renunciar a todo elemento teleológico en sus esquemas analíticos, el derecho, reducido a norma (y, por extensión, la ciencia jurídica, reducida al estudio de la norma), se convierte en su propio fin. En efecto, las dificultades de Kelsen para indagar sobre cuáles sean los fines del derecho (destacadas por BOBBIO, art. últ. cit., p. 252) provienen de sus cautelas por no caer en la contradicción, a la postre inevitable, de tener que integrar los fines en sus "asépticos" esquemas analíticos. Y es esta la razón que, finalmente, le lleva a "la despiadada caza que da a todo intento de determinar, por usar la expresión jheringiana, el <<fin en el Derecho>>" (art. últ. cit., p. 253). Esta "ceguera" del positivismo jurídico, que lo incapacita incluso para percibir sus propias contradicciones, es la que, a pesar de lo dicho, lleva a hablar de "principios del derecho positivo" o "principios del ordenamiento jurídico del Estado". Como sentencia DE CASTRO (op. cit., p. 414), "en el positivismo jurídico no hay posibilidad de verdaderos principios jurídicos, pues con su método no pueden obtenerse de las disposiciones jurídicas, y su dogma básico niega lo que fuera de ellas existe; comienza y termina en el legalismo al pie de la letra". En definitiva, como señala SANTI ROMANO, poniendo de manifiesto un error común en las tesis formalistas, la raíz del "equivoco radica en considerar al derecho como uno de los fines del Estado, parangonándolo y relacionándolo así con otros fines del mismo".

<sup>85</sup> Como lúcidamente expone SANTI ROMANO, "el establecimiento originario del derecho no lo hace la norma, que es tan sólo una manifestación más tardía y subsidiaria", de tal manera que, "con anterioridad y al margen de la institución, no puede existir tampoco el derecho, precisamente porque falta la organización que hace jurídica a la norma" (op. cit., p. 140-141).



organización. La respuesta la encontramos en las modernas elaboraciones dogmáticas de la categoría de sistema y, concretamente, en su formulación como "sistema abierto" o "movil"<sup>86</sup>. La virtualidad explicativa del mismo se aprecia de inmediato.

En efecto, como se advierte sin dificultad, en la que hemos llamado esfera interna del derecho se distinguen dos parcelas netamente diferenciadas aunque conexas que, respectivamente, pueden reconducirse a las categorías (más bien, subcategorías) de "sistema externo" y "sistema interno"<sup>87</sup>. El sistema externo se identifica con la vertiente jurídica más tangible: las normas y los conceptos técnicos mediante los que se expresa el derecho positivo y que son utilizados ordinariamente por los operadores jurídicos<sup>88</sup>. El sistema interno, por el contrario, es su parcela más evanescente y se sitúa en un estadio extranormativo, donde coexisten armónicamente el conjunto de ideas jurídicas

---

<sup>86</sup> Las expresiones son, respectivamente, de RODRÍGUEZ MOLINERO (op. cit., p. 196) y de LARENZ (op. cit., p. 438), y denotan su contraposición al carácter cerrado o concluso de los tradicionales sistemas formalistas, y ello independientemente de si han sido contruidos vía lógico-deductiva (KELSEN), o vía lógico-inductiva (WEBER), ya que, en ambos casos, las condiciones arbitradas para la modificación de los mismos, las llamadas "reglas de cambio", son claramente insatisfactorias por su limitado alcance a la hora de responder a las exigencias planteadas por un orden que no es puramente lógico, sino que "esencialmente es un orden valorativo de la conducta práctica" (RODRÍGUEZ MOLINERO, op. y loc. cit.). En consecuencia, la cabal misión del sistema debe ser, precisamente, "hacer visible y poner de manifiesto la unidad valorativa interna del orden jurídico" (LARENZ, op. cit., p. 439), siendo ésta, en definitiva, "la única forma todavía posible de pensamiento sistemático" (LARENZ, op. cit., p. 174). En el mismo sentido, BOBBIO ("Derecho y ciencias sociales", en Contribución a la teoría del Derecho, cit., p. 224 y ss.), considera que, en una sociedad en plena y continua transformación como es la actual, hay que apostar claramente por una concepción del Derecho como sistema "abierto", aunque, claro está, sin que ello suponga detrimento alguno en su autonomía científica. Tal como expone LUHMANN (op. cit., p. 17 ss.), abundando sobre la evolución del concepto de sistema en la ciencia jurídica, sólo "el paso del pensamiento jurídico de sistemas de conceptos a sistemas de acciones posibilita una problematización funcional de la dogmática. Esto no significa que la dogmática pueda ser sustituida por la problemática, pero el nuevo concepto de sistema da a la reflexión sobre la función y el concepto de la dogmática una base distinta". (En el mismo sentido, BADENES GASSET, op. cit., p. 245).

<sup>87</sup> V. LARENZ, op. cit., p. 437 ss.

<sup>88</sup> En palabras de GENY (Método... cit., passim), esta esfera constituiría la "organización jurídica positiva", que estaría integrada fundamentalmente, por el conjunto de las reglas de conducta.

materiales que, por su función dentro del sistema, pueden ser reunidas bajo la expresión "principios jurídicos directivos"<sup>89</sup>.

El sistema interno, de este modo, representa aquella esfera donde se encuentran los valores jurídicos rectores del ordenamiento ("valores superiores"), es decir, donde el derecho positivo encuentra su fundamento o razón de ser<sup>90</sup>. A efectos simplificativos y, por ende, con las cautelas necesarias, ese conjunto de valores pueden ser reconducidos a la unidad que encarna el ideal de justicia<sup>91</sup>. Los valores

---

<sup>89</sup> El conjunto de principios directivos, como hemos visto, pone de manifiesto la unidad valorativa interna del orden jurídico y todos ellos se identifican con "acuñaciones especiales de la idea del Derecho, tal y como ésta se presenta en su grado de evolución histórica". Normalmente están recogidos en las constituciones, pero no siempre es así. Como tales, no se quedan en vagas abstracciones genéricas, sino que pueden ser sometidos a diversos grados de especificación. Lo fundamental a tener en cuenta es que, en su dinámica, van contribuyendo de forma esencial en la formación del sistema. (V. LARENZ, op. cit., p. 465 ss.).

<sup>90</sup> Como señala ROBLES (La sociología...cit., p. 109 ss.) los valores jurídicos son "un elemento esencial de todo sistema social", ya que "toda sociedad se caracteriza por la creencia común o colectiva en un conjunto de valores, que dotan de sentido las normas que rigen la convivencia". En este sentido, los valores "expresan bienes o ideales que la sociedad en su conjunto considera como propios y en virtud de los cuales adopta sus estrategias de organización social". Su incorporación al conjunto del sistema jurídico, cuyo cauce de expresión son las normas positivas, hará del derecho un sistema legítimo, justificando, por ello, "su acatamiento generalizado a causa de la creencia colectiva en los valores que el sistema encarna" (op. últ. cit., p. 164). Normalmente se recogen en los textos constitucionales, donde quedan positivizados (v. infra); pero ello no es condición necesaria ni suficiente para su vigencia efectiva. Como apunta HERNÁNDEZ GIL (Conceptos...cit., p. 19), "el derecho, por tanto, no es sólo un sistema de normas. Es también un sistema de valores". En este sentido, se ha destacado el importante papel de los valores superiores en la reconducción a la unidad del ordenamiento jurídico. En definitiva, "la unidad del ordenamiento no se produce sólo con la perspectiva formal, a través de la construcción jerárquica de las normas, en una ordenación de normas que crean poderes y de poderes que crean normas, sino también con las perspectiva material de unas normas conformes con los valores superiores" (PECES-BARBA: Los valores superiores, TECNOS-MADRID, 1986, p. 94).

<sup>91</sup> Como señala, ROBLES, La sociología...cit., p. 207, "esta palabra expresa perfectamente el conglomerado de ideas axiológicas que todos esperamos ver encarnadas por el derecho". En parecidos términos, BOBBIO ("El análisis funcional...", cit., p. 273). Para HERNÁNDEZ GIL Conceptos...cit., p. 19), la justicia es un "valor prototípico, capaz de encarnar el máximo jurídico". Es lo que STAMMLER (op. cit., p. 577), llamaba "la ley última de la vida social" que, como tal significa la superación de multitud de fines concretos existentes en la sociedad. Estas aspiraciones, materializadas en los valores superiores, constituyen así la "expresión de la legitimidad del sistema político y de la justicia de un Derecho" (PECES-BARBA: "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española", en Funciones y fines del Derecho (Homenaje al profesor Hurtado Bautista), UM-MURCIA, 1992; p. 248). De este modo, el progreso jurídico quedaría incondicionalmente sometido al progreso social. En palabras de RIPERT (op. cit., p. 66), "el derecho progresa en la medida que

superiores, por tanto, constituyen los puntos de referencia que sirven de guía al dinamismo del derecho, marcando la orientación de la dirección a seguir en su constante evolución<sup>92</sup>. Por ello aquel ideal de justicia sólo puede alcanzarse si el derecho asume, en cada momento, determinadas funciones y, además, lleva a cabo un adecuado desarrollo de las mismas, lo que nos traslada, en última instancia, al complejo problema de la relación entre derecho y poder político<sup>93</sup>. Del cumplimiento puntual de esta función, en

---

realice más perfectamente su objeto. Debe asegurar en la sociedad humana un orden considerado como justo. Progresará si llega a establecer un orden más perfecto y a hacer reconocer por todos que este orden es más justo. Retrocede si crea el caos y permite la injusticia". De este modo, como señala DIEZ PICAZO (*Experiencias jurídicas...* cit., p. 192), "la razón de validez del orden jurídico se encuentra así en el conjunto de las creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social. Las normas que responden a ella son legítimas, pues su legitimidad deriva en definitiva del <<consensus>>. Es lo que hoy se llama el consenso de base social (...) entendido por lo menos como adhesión, como aceptación y como aquiescencia. La base del poder y la base del derecho se encuentran en este <<consensus>>". (Las cursivas son nuestras y su intención es hacer resaltar la conexión existente entre legitimidad y consenso: un sistema jurídico-político gozará de mayor o menor legitimidad, en función del grado de participación de la sociedad en la determinación de qué sea la justicia, en el sentido antes expresado (v. WEBER, *Ensayos...* cit., p. 204 ss.). Sobre este interesante problema, y sus repercusiones en el contexto actual de crisis del Estado del Bienestar, v. HABERMAS: "Problemas de legitimación en el Estado moderno" en *La reconstrucción del materialismo histórico*, TAURUS-MADRID, 1982; p. 243 ss.; asimismo, GRANDI: "Stato sociale v. mercato", LD, 92/3, p. 515 ss.).

<sup>92</sup> Ello significa que la idea de justicia no constituye un valor absoluto sino que está sometida a un proceso de revisión continua (v. sobre el tema, BADENES GASSET, op. cit., p. 129; TREVES, op. cit., p. 231 ss. De este modo, los valores superiores, a pesar de su fijación en los textos constitucionales mediante el correspondiente consenso, como representaciones colectivas, están sometidas a cambios en función de las transformaciones sociales, lo que, inexorablemente, provoca una reactualización del sistema normativo (v. en este sentido, ROBLES, *La sociología...* cit., p. 209-210).

<sup>93</sup> Sin entrar a fondo en dicha problemática, pues desbordaría, por sí sola, los límites del presente trabajo, baste señalar que se trata de poner de relieve que la responsabilidad de que, en última instancia, el derecho positivo vigente se ajuste a los valores superiores del ordenamiento y evolucione en sintonía con los mismos, corresponde, en gran medida, al poder político. Esta es una de las principales consecuencias de la llamada "dimensión política" de los valores superiores que, al expresar "la relación entre el poder y el Derecho" (PECES-BARBA, "Seguridad jurídica..." cit., p. 248), nos pone en contacto directamente con el problema de la legitimación, entendida como "el hecho de que un orden político es merecedor de reconocimiento" (HABERMAS, art. cit., p. 249). En consecuencia, si "la pretensión de legitimidad hace referencia a la garantía -en el plano de la integración social- de una identidad social determinada por vías normativas, se deduce que "las legitimaciones sirven para hacer efectiva esa pretensión, esto es: para mostrar cómo y por qué las instituciones existentes (o las recomendadas) son adecuadas para emplear el poder político en forma tal que lleguen a realizarse los valores constitutivos de la identidad de la sociedad" (ib.). (Las cursivas son nuestras). De esta manera, si el Estado, en su labor directiva u orientadora, no sigue el rumbo correcto que le viene marcado, según hemos visto, por la idea de justicia ("estrella polar"), produce una disonancia entre el derecho y sus fines, lo que, a la postre, termina deslegitimando al sistema político. En efecto, la pérdida del rumbo uniforme que imponía la consecución del ideal de justicia (entendido en el sentido expuesto), provoca, bien una desorientación generalizada de la acción política, bien, lo que es peor, la

definitiva, de su efectividad social, dependerá la consecución o, al menos, el acercamiento a aquellos fines. Y son las reglas que de ellos se deducen en cada momento las que, al mismo tiempo, determinan las funciones que el derecho ha de asumir<sup>94</sup>, si quiere ser eficaz<sup>95</sup>.

En conclusión, el sistema interno no permanece invariable, sino que es, esencialmente, un sistema dinámico, en continuo movimiento a causa de la acción constante de limitación y complementación recíproca de los principios que lo componen. El sistema externo, por tanto, debe ajustarse a sus imperativos de forma inexorable, so pena de causar disfuncionalidades que afectarán a la eficacia del derecho y, en definitiva, a su papel ordenador de la sociedad. El sistema externo se ve sometido, así, a las continuas exigencias de actualización que le imponen los eventuales cambios de fines sociales, una vez procesados en sistema interno<sup>96</sup>.

---

instrumentalización del sistema jurídico al servicio de la consecución de fines distintos a los representados por el sistema de valores imperante. En conclusión, el sistema jurídico-político únicamente gozará de legitimación cuando suponga "la reproducción real de valores operada por el derecho vigente conuerda con las creencias colectivas" (ROBLES, La sociología...cit., p. 164).

<sup>94</sup> En este último sentido, el término "funciones" no denota una idea teleológica, como ocurre a veces, cuando su uso es sinónimo al de "fines", sino organizativa. En efecto, aquí no responde a la pregunta "¿para qué sirve?", sinónima de aquella otra, más elocuente, sin embargo, de "cuál es su fin?"; por el contrario, en este caso se hace referencia al modo en que se lleva a cabo la labor (que conduce al fin), es decir, a los medios y formas empleados al efecto: en definitiva, a su "funcionamiento". En todo caso, la conexión de la función con el problema del fin del Derecho es, a todas luces evidente (v. TREVES, op. cit., p. 223 ss.).

<sup>95</sup> Esta es una de las consecuencias de lo que BOBBIO denomina "circularidad entre los requisitos del poder y los de la norma" ("El principio de legitimidad" cit., p. 305). En efecto, superando el reduccionismo en el que incurren tanto el formalismo, que considera que una norma es justa por ser válida, como el sociologismo, que estima suficientemente válida a una norma por el hecho de ser eficaz, hay que tener en cuenta la conexión que hay entre estos caracteres y, en consecuencia, concluir que "un ordenamiento es más eficaz cuanto más justo es, cuanto más corresponde a las necesidades y aspiraciones de los asociados" (ib.). En este sentido, la relación entre eficacia y legitimidad es evidente (v. al respecto, HABERMAS, art. cit., p. 254).

<sup>96</sup> Una de las características principales del sistema interno es su carácter abierto, "en el sentido que son posibles cambios en la clase de armonía de los principios, de su alcance y limitación recíproca, como también el descubrimiento de nuevos principios" (LARENZ, op. cit. p. 478). Es aquí donde se pone de relieve la historicidad inmanente del derecho, su dinamismo. La

### 3.2.- Un concepto de fuente "determinado por su función".

#### 3.2.1.- Derecho y "fuente del derecho": el problema de la creación jurídica.

El problema de la creación del derecho constituye, sin duda, uno de los aspectos centrales del análisis jurídico<sup>97</sup>. No obstante el grado de confusión en el que siempre se ha movido la compleja cuestión de las fuentes del derecho<sup>98</sup>, su resolución se muestra ineludible para la

---

posibilidad de que las "pautas de valoración decisivas" puedan ser sometidas a revisión, diferencia este sistema del elaborado por la Jurisprudencia de conceptos, donde aquellas pautas eran inmutables, como corresponde, por otra parte, al orden iusnaturalista que lo inspiraba. La interacción entre uno y otro y, en concreto la posibilidad de que el sistema externo reciba las influencias e impulsos sociales a través del procesamiento efectuado por el sistema interno, constituyen, en definitiva, la expresión más acabada del llamado "sistema móvil o abierto", propuesto como solución técnica congruente con la perspectiva metodológica que aquí seguimos.

<sup>97</sup> V., entre otros, GURVITCH (*L'expérience juridique...cit.*, p. 139 ss.), para el cual dicho problema constituye "el problema crucial de toda reflexión jurídica", hasta el punto de que "en el fondo, es en función de su mayor o menor capacidad de resolver la cuestión de las fuentes del derecho positivo, por donde se juzga la fecundidad o la impotencia de toda teoría del derecho, de todo método de investigaciones jurídicas" (p. 139). En la misma línea, BOBBIO ("Derecho y ciencias sociales", cit., p. 224-225) afirma tajantemente que "no hay duda de que uno de los aspectos más interesantes de la discusión en torno al Derecho en estos años es la puesta en cuestión de las fuentes tradicionales de las normas jurídicas". En el mismo sentido, PREDIERI ("El sistema de las fuentes del derecho" en *La Constitución española de 1978.- Estudio sistemático.*, CIVITAS-MADRID, 1981; p. 159 ss.) pone de relieve como "la correlación biunívoca entre Derecho y fuente sitúa el problema de las fuentes del ordenamiento estatal en una posición de importancia decisiva" (p. 161). Hasta tal punto es esto así que, como ciertamente ha sido señalado por CRISAFULLI ("Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", RTDP-1960, p. 775 ss.), "determinando las propias fuentes, el ordenamiento se determina, en última instancia, a sí mismo como ordenamiento" (p. 776). Esta última afirmación, por otra parte, denota el carácter unitario del ordenamiento jurídico y la contribución de la teoría de fuentes a dicha unidad. No en vano, la función de esta última es la reconducción a la unidad de un conjunto de normas jurídicas heterogéneas y de procedencia diversa. Por eso, como es evidente, la categoría de las fuentes del derecho tiene un valor "esencialmente científico y no normativo" (ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale.- V. I: Il sistema delle fonti del diritto*, UTET-TORINO, 1992, p. 6 ss.), de ahí la improcedencia de buscar en la ley positiva la enumeración taxativa del sistema de fuentes de un determinado ordenamiento (p. ej., en el Título Preliminar del Código Civil español).

<sup>98</sup> Sobre las dificultades definitorias que encierra el concepto de fuente, v. CARNELUTTI, *Teoría...cit.*, p. 83; y más recientemente, BALAGUER CALLEJÓN, op. cit., p. 54 ss., esp., p. 60-67; un ejemplo de las controversias que se han suscitado al respecto en ZAGREBELSKY, *Manuale...cit.*, p. 14 ss.; PIZZORUSSO, "Ancora sulle sentenze di accoglimento della corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto", PD-1/87, p. 139 ss.; y "Fonti 'politiche' e fonti 'culturali' del diritto", en *Studi Liebman*, MILANO, 1979; p. 237 ss.). Como acertadamente señala RODRÍGUEZ MOLINERO (op. cit., p. 196), "esta

adecuada comprensión del intrínseco dinamismo del derecho<sup>99</sup>. No en vano, la identificación de los centros de producción jurídica supone conocer los medios a través de los cuales el derecho se expresa como tal, progresa y evoluciona<sup>100</sup>.

Pero este proceso de identificación no es meramente

---

cuestión, por fácil que parezca y por reiterado y amplio que sea su tratamiento en casi todas las ramas de la Ciencia jurídica, es sumamente compleja por la diversidad de problemas que plantea, todos ellos de carácter fundamental". De entre ellos, hay que empezar por el problema terminológico, que ha llevado a su rechazo como noción con utilidad explicativa por constituir una "polisemia irreductible" (cfr. CHOUGIAS, art. cit., p. 182), derivada de su carácter metafórico (en este sentido, KELSEN, op. últ. cit., p. 242-243). Para KELSEN (Teoría General del Derecho y del Estado, cit., p. 136-137), "la ambigüedad del término" hace inútil su uso. Esta obviedad, sin embargo, sólo es apreciable desde su propia perspectiva metodológica. En efecto, el hecho de que para KELSEN no haya diferencia entre aplicación y creación jurídica, siendo lo único importante que toda norma o acto jurídico encuentre su fundamento de validez en una norma superior, hace superfluo el concepto, pues se limitaría a constatar la evidencia de que toda norma jurídica superior es fuente de la inferior. (En este sentido, v. CALSAMIGLIA, Kelsen y... cit., p. 177 ss.). En general, sobre las diversas acepciones del concepto "fuente" v., además, LEGAZ LACAMBRA (op. cit., p. 345 ss.) y DIEZ PICAZO (op. cit., p. 124 ss.). Las consecuencias de esta indeterminación semántica ha sido puesta de manifiesto agudamente por HABA (art. cit., p. 235 ss.), quien, haciéndola derivar de la propia indefinición de los términos "derecho" y "fuente", considera que existe un amplio campo de opciones para elaborar la noción "fuentes del derecho" (p. 243). Esto es lo que la convierte, simultáneamente, en una noción "peligrosa e iluminadora" (ANSELEK, "Brèves réflexions sur la notion de 'sources du droit'", en Les sources... cit., p. 251 ss.).

<sup>99</sup> En palabras de GENY (Método... cit., p. 673), el derecho se desenvuelve en una lucha constante que implica "un organismo incesantemente productivo". De ahí la relatividad de los sistemas de fuentes que pueden variar "de ordenamiento a ordenamiento y de época en época" (ZAGREBELSKY: Manuale... cit., p. 6). De tal manera que, como concreta PREDIERI (art. cit., p. 162), "toda la historia del derecho puede ser analizada desde la óptica de la lucha entre las fuentes del Derecho, consideradas como proyección de las unidades institucionales (Gobierno, Cámaras, etc.), en las que y tras las que actúan fuerzas políticas, clases, grupos hegemónicos, y como organización de las funciones fundamentales de tales unidades". En el mismo sentido, DE CASTRO (op. cit., p. 45) constata que "todo Derecho vivo es siempre una tensión constante entre las resistencias de la realidad social y las aspiraciones de sus principios y supone una labor creadora y reformadora, en constante lucha con errores modernos, viejos prejuicios y arraigados intereses egoístas".

<sup>100</sup> En este sentido, la relación entre derecho y cambio social pasa inexorablemente por el sistema de producción normativa, ya que "todo ordenamiento jurídico prevé algunos procedimientos destinados a regular la producción de normas nuevas para sustituir a las viejas" (BOBBIO, "El análisis funcional..." cit., p. 264). Como al respecto señala SORRENTINO (Le fonti del diritto, ECIG-GENOVA, 1991; p. 5), "hablar de fuentes del derecho, en general o con referencia a un ordenamiento dado, significa ante todo introducir el tema de los modos a través de los cuales el derecho nace y se renueva: a su vez este tema reenvía al problema más general de la individualización del fenómeno jurídico". Por tanto, su estudio es obligado, y ello independientemente de la rama jurídica de la que se trate. Es común que las introducciones a las obras generales de cada disciplina recojan un apartado dedicado a las "fuentes del derecho"; sin embargo, lo único que se hace es simplemente una enumeración de las mismas, pero no se dice qué se entiende por dicha expresión. Como señala BATIFFOL (Les sources du droit, Préface, APhD-27/82, p. 1), "el concepto es presentado en su extensión, no en su comprensión". Sobre lo insatisfactorio de esta forma de tratar el problema, y haciendo gala de un sentido autocrítico que le honra, v. DIEZ PICAZO: "La doctrina de las Fuentes del Derecho", en ADC-84, p. 933 ss.

descriptivo, sino esencialmente prescriptivo, ya que supone una selección de aquellos centros de poder normativo considerados relevantes, así como la priorización de unos sobre otros<sup>101</sup>. En función del resultado final de este proceso se habrá optado por un sistema monista, si se considera que sólo existen fuentes estatales, o por un sistema pluralista, si se reconoce la existencia de un derecho extraestatal, es decir, producido por centros de poder ubicados en la sociedad, fuera del aparato estatal<sup>102</sup>. En definitiva, todo dependerá, de nuevo, de la opción metodológica realizada, o, lo que es lo mismo, de la concepción de derecho de la que se parta<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> En efecto, como señala HABA (art. cit., p. 242 ss.), la elección de uno u otro concepto de fuente no es ideológicamente neutra, sino que responde, a pesar de presentarse como verdades científicas absolutas, a unas "opciones determinadas por las preferencias en materia de organización social". Estas opciones "no son completamente arbitrarias; son solidarias, en cada caso, con una ideología que privilegia intereses de unos u otros sectores sociales" (p. 242). El carácter prescriptivo, por tanto, queda evidenciado desde el momento en que "la definición de las 'fuentes' es una manera de decidir sobre modelos para la actividad jurídica en beneficio de unos intereses y en perjuicio de otros; no es, en absoluto, una descripción pura y simple" (p. 243). Por eso, como apunta DIEZ PICAZO (op. cit., p. 125-126), "el problema del origen de las normas o <<fuentes del derecho>> es, ante todo, un problema eminentemente político por una parte y una cuestión de índole sociológica por otra". En efecto, una vez que se ha dejado de lado la concepción iusnaturalista en base a la cual, las normas jurídicas se deducen de principios superiores revelados (por la razón o la divinidad), no es posible prescindir de la noción de producción jurídica: las normas son producidas. En consecuencia, como concluye BOBBIO ("Del poder al derecho y viceversa" en Contribución... cit., p. 359), "la noción de producción jurídica tampoco puede prescindir, a su vez, de la noción de poder".

<sup>102</sup> Para BOBBIO (art. últ. cit., p. 225), este es, sin duda, el centro del debate que hoy día se plantea en torno a la densa cuestión de las fuentes del derecho: "Que la fuente principal del Derecho en el Estado moderno sea la ley (...) ha sido uno de los dogmas del positivismo jurídico en sentido estricto: uno de los aspectos a través de los que se manifiesta la crisis del positivismo jurídico es la creciente consciencia del surgir de otras fuentes del Derecho, que minan el monopolio de la producción jurídica detentado por la ley, en una sociedad en rápida transformación e intensamente conflictiva como lo es la sociedad capitalista en la actual fase de desarrollo". En este sentido, es de especial interés para nosotros constatar cómo "las regiones en las que el fenómeno de la producción jurídica extralegislativa se manifiesta con mayor evidencia son precisamente las que caracterizan a la sociedad industrial, a saber el Derecho de la empresa y el Derecho del trabajo y sindical" (ib.).

<sup>103</sup> Sobre esta conexión entre el problema de las fuentes y las diferentes formas de "pensar el derecho", v. DIEZ PICAZO, art. cit., p. 933 y 946 ss., donde pone de relieve la importancia del tratamiento metodológico del problema. En el mismo sentido, BALAGUER CALLEJÓN (op. cit., p. 55). Por ello, como señala VULLIERME ("Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit)", en Les sources... cit., p. 5 ss.), la relación entre fuentes y derecho se desenvuelve en un proceso claramente especulativo que se resume en una especie de círculo vicioso donde "el derecho condiciona las fuentes que le condicionan" (p. 11), de tal manera que, "la fuentes ni son exteriores ni interiores al derecho: forman cuerpo con el derecho y se desarrollan con él" (p. 14). En conclusión, "la unidad recíproca del derecho y de sus fuentes define un sistema abierto en el cual

### 3.2.2.- Las insuficiencias explicativas de los métodos tradicionales para resolver el problema de las fuentes.

Como hemos visto, tanto el formalismo como el sociologismo, por el inmanente reduccionismo derivado de la visión positivista del derecho que ambos comparten, son incapaces de dar una respuesta satisfactoria al problema de las fuentes del derecho<sup>104</sup>.

El formalismo, quedándose en la norma, ni siquiera vislumbra la necesidad del concepto de fuente<sup>105</sup>. La creación jurídica, el aspecto dinámico del derecho, queda encerrado en la lógica normativista: cada norma encuentra el fundamento de validez en otra norma superior, de la que esta, a su vez, es mera aplicación<sup>106</sup>, cadena que se rompe al llegar a la

---

ninguna de las partes es independiente de la otra. Las fuentes del derecho no pueden fundar el derecho, como el derecho no puede fundar sus fuentes. Ambos se condicionan mutuamente y ninguno puede mantener con el otro una relación en sentido único" (p. 16). En parecidos términos, HABA (art. cit., p. 240), poniendo de manifiesto esta estrecha relación entre concepto de fuente y concepto de derecho, de tal manera que "se podría decir: tales fuentes, tal derecho", concluye con una escéptica y posibilista definición de "fuente": "algo que aparece considerado como una instancia de la que depende la elaboración del derecho de una cierta manera".

<sup>104</sup> Planteando el problema en términos dialécticos y llegando a la conclusión de la manifiesta infecundidad que se deriva de ambas alternativas, v. DIEZ PICAZO, art. cit., p. 340.

<sup>105</sup> V. Kelsen, Teoría pura del derecho... cit., p. 243. Para este autor, la posibilidad de que esta "expresión metafórica" pudiera tener connotaciones extranormativas, hace desaconsejable su uso. En su lugar debe utilizarse el término "creación jurídica", noción fundamental en la teoría pura de la que, sin embargo, Kelsen nunca dió definición alguna (v. BOBBIO, "Kelsen et les sources du droit", APHD-27/82, p. 135 ss.). Como críticamente señala RIPERT (op. cit., p. 80), en definitiva, la teoría pura "quiere atenerse al estudio de las normas jurídicas sin inquietarse por las causas de su creación".

<sup>106</sup> No en vano, para el formalismo jurídico las fuentes del derecho eran, simplemente "métodos de creación jurídica", cuyo único sentido en la teoría pura consistía en proporcionar el fundamento positivo de cada norma, siempre localizable, obviamente, en la norma inmediatamente superior en la pirámide, de la que constituía mera aplicación ("cada acto en los niveles intermedios es a la vez creativo y ejecutivo", BOBBIO, art. cit., p. 143).



norma fundamental, donde aparece irremediablemente el poder<sup>107</sup>. Sin embargo, tal conclusión, sólo explicable ante la imposibilidad de encontrar una forma de cerrar "normativamente" el sistema construido, no deja, por ello, de ser contradictoria con sus propios fundamentos metodológicos. En efecto, recurrir al poder coactivo, elemento claramente extranormativo y, por ello, extrajurídico (desde la perspectiva formalista), para justificar la validez de una norma, significa, aparte de confundir validez con eficacia<sup>108</sup>, el reconocimiento de la insuficiencia del dato positivo normativo para aportar una explicación satisfactoria a la hora de cerrar el artificio sistemático creado. La paradoja está en intentar encontrar esa explicación en el mundo de los hechos. El poder es un hecho social y no un hecho normativo, con lo que su trasposición, en última instancia, de un elemento de una esfera a la de otra resulta a todas luces improcedente, al no respetar la diversa naturaleza de los planos de análisis, e incongruente con los propios fundamentos del normativismo que eludía, de principio, toda posible "contaminación" metajurídica<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Es sabido que, identificando derecho y norma, para el positivismo lo único importante era encontrar el fundamento de validez de toda norma, rechazando así la introducción de todo criterio valorativo de índole iusnaturalista. Como afirma BOBBIO (art. cit., p. 144), citando un viejo aserto positivista ("Auctoritas no veritas facit legem"), es clara "la relación entre la noción de poder jurídico y la de creación jurídica: se está en condición de crear derecho en la medida en que se tiene el poder o la fuerza de hacerlo". Sin embargo, en la teoría kelseniana "la decisión política" que representa cada norma no se vislumbra, se prescinde del momento "origen", es decir, se aparta al derecho de su génesis (CALSAMIGLIA, Kelsen y... cit., p. 193-212), y se acaba buscando el fundamento de la norma, como no podría ser de otra manera, en otra norma superior. En definitiva, "fuente es la decisión del órgano autorizado" (BATIFFOL, art. cit., p. 2). Ello significa, aparte de caer irremediablemente en un círculo vicioso (BOBBIO, "Del poder al derecho y viceversa" cit., p. 360, denomina "voltereta" a estos intentos explicativos positivistas), que hace inútil el propio concepto de fuente, renunciar, además, a toda posibilidad de encuadrar el derecho positivo en una noción general de derecho capaz de evitar consecuencias tales como que "el decreto de Calígula, nombrando a su caballo senador de Roma, no pueda, según esta concepción, ser distinguido de cualquier otra manifestación jurídica" (GURVITCH: L'experience... cit., p. 138).

<sup>108</sup> V. infra, Cap. II.

<sup>109</sup> De este modo, KELSEN, quizás huyendo de toda "contaminación" iusnaturalista, busca la explicación que, en última instancia, no encontraba en el dato normativo, en el puro dato fáctico, lo que a la postre le supone no superar las barreras del positivismo. Por ello, el encuentro entre ambas realidades, fundamental para explicar la esencia del fenómeno de la creación

En conclusión, parece evidente que la organización del poder normativo no es fácilmente explicable en términos estrictamente formales: ya no se trata del análisis lógico-sistemático de la norma emanada sino de su fundamento último. En esta esfera, ya no es posible mantener la coartante neutralidad axiológica<sup>110</sup>. La teoría de la norma fundamental se nos muestra insuficiente e incompleta precisamente porque no salva la contradicción que supone la necesaria incorporación al análisis de elementos extranormativos<sup>111</sup>. La solución adoptada como única salida "de urgencia" es la

---

jurídica, nunca se llega a producir en la teoría kelseniana que, irremisiblemente, cae en profundas contradicciones (la más significativa, quizás, es la que se deduce de la pregunta: "¿En qué consiste la validez de la norma esencial y cuáles son sus criterios?" (GURVITCH: op. ult. cit., p. 139). Como gráficamente señala HELLER (op. cit., p. 216) al respecto, a pesar de que desde el normativismo "parece muy fácil fundamentar la validez del Derecho frente al Estado (...) tal apariencia se desvanece al descubrir que la Teoría kelseniana del Estado sin Estado se presenta como imposible porque, a la vez, es una Teoría del Derecho sin Derecho, una ciencia normativa sin normatividad y un positivismo sin positividad". En el fondo, "como la norma fundamental no es más que un nombre inadecuado que se le da a la voluntad del Estado no sometida a normas, al derecho, tal y como lo entiende Kelsen, le falta además de la positividad, la normatividad" (o, con más propiedad, la juridicidad).

<sup>110</sup> Y ello a pesar de que KELSEN, mediante la afirmación de que el derecho se autocrea, quiere mantener intangible su postulado metodológico inicial, es decir, la separación entre ser y deber ser: el deber ser sólo puede deducirse del deber ser. (v. al respecto, CASAMIGLIA: *Kelsen y...*, op. cit., p. 108 ss.). Aunque teniendo en cuenta las críticas vertidas sobre la reducción objetiva que experimenta el derecho en la concepción kelseniana, sería más correcto decir, no que el derecho se autocrea, lo que parece evidente (v. LUHMANN, *Dogmática jurídica y sistema jurídico*, cit., *passim*., en donde, como en otras obras suyas, define el derecho como un sistema autopoietico), sino que es la norma positiva, como categoría, la que produce su propia generación. De este modo, se salva un espacio no normativo que, eventualmente, podría calificarse como jurídico, aunque, desde luego, no tuviese cabida en el esquema kelseniano.

<sup>111</sup> Las exigencias derivadas de la necesidad de cerrar el sistema elaborado mediante una norma fundante o básica, capaz de reconducir a la unidad todo el conjunto de normas del ordenamiento, siendo a su vez, su fundamento último, llevan a KELSEN (op. cit., p. 201-202) a la ficción de la norma fundamental. La solución, sin embargo, no es satisfactoria, ya que, a fuerza de eludir la incorporación de aspectos valorativos en su teoría, cae en la contradicción de acabar incluyendo elementos imaginarios, es decir, provenientes de una racionalidad no lógica, sino "mitológica". Como apunta ERRÁZURIZ (op. cit., p. 241), el hecho de acabar "concibiendo a la norma básica como una ficción... pone al descubierto toda la flaqueza de la teoría". En el mismo sentido, HERNÁNDEZ GIL, op. cit., p. 206; LEGAZ LACAMBRA, op. cit., p. 347; y CALSAMIGLIA, *Kelsen y...* cit., p. 139, que pondrá en evidencia como "la Grundnorm convierte Ser en Deber Ser y juridiza el poder político externo a la teoría pura del derecho". Para LARENZ (op. cit., p. 96), en cambio, esta flaqueza se concreta en la no superación de la dicotomía teórica básica de la teoría pura, es decir, la establecida entre ser y deber ser. En efecto, si la norma fundamental supone, en última instancia, un recurso a la facticidad (autoridad coactiva capaz de dar validez a las normas), ello supone que es el ser el fundamento del deber ser. La introducción de elementos extranormativos para explicar la esencia de la norma fundamental, significa, por tanto, la ruptura del presupuesto metodológico central del que parte toda la elaboración de la teoría pura.

segregación de esta zona por impropia del objeto de la ciencia jurídica, lo que a la postre supone dejar irresuelta la cuestión.

1 sociologismo, partiendo de posiciones analíticas claramente diversas, paradójicamente<sup>112</sup>, llega al mismo resultado. La identificación de la creación jurídica con todo hecho que modifique una situación jurídica preexistente, independientemente de su repercusión objetiva sobre la realidad, y de si detrás de esa modificación existe o no una manifestación de poder claramente identificable<sup>113</sup>, conduce, de forma inevitable, a una consideración indiscriminada del carácter de fuente del derecho<sup>114</sup>. En ambos casos, por lo

---

<sup>112</sup> Como hemos visto, esta paradoja es, no obstante, sólo aparente (v. ut supra).

<sup>113</sup> Este hecho planteará problemas a la hora de acometer la valoración del grado de relevancia de los distintos poderes eventualmente subyacentes a los hechos sociales, condición necesaria para iniciar el imprescindible proceso de juridificación. Sin embargo, el necesario concurso del juicio valorativo sobre la susceptibilidad jurídica del dato fáctico no era percibida por todos los sociólogos, lo que inevitablemente les haría caer en un irreductible espontaneísmo. Hay que tener en cuenta, al respecto, que, como señalaba HAURIU, criticando el sociologismo de DUGUIT, el derecho no emana de una categoría tan difusa como la de "hechos sociales", sino que siempre es obra de un poder. Este poder, sin embargo, "no es un capricho desmandado, la fuerza ciega y sin rumbo". Antes al contrario, "para que cumpla su cometido en la existencia humana es inexcusable su inserción en una jerarquía objetiva de bienes y fines", es decir, lo que se ha llamado sumisión del poder a la "idea", entendida ésta como realidad (BADENES GASSET, op. cit., p. 187 ss.). Sin embargo, la sociología jurídica, mediante la "teoría de la decisión jurídica", que estudia el derecho en su aspecto diacrónico (*poiesis*), sólo es capaz de constatar que el derecho se genera por medio de procesos de decisión (v. ROBLES, La sociología... cit., p. 63). Su utilidad, por tanto, se circunscribe a la descripción de aspectos meramente factuales del fenómeno jurídico (procedimientos, sujetos u operadores jurídicos), pero es incapaz de trascender hacia la verdadera esencia del complejo problema de la producción, cuya complejidad supera el simple examen empírico-causal. Una de las principales consecuencias de ello es la no diferenciación entre creación y aplicación del derecho (v. infra), defecto que comparte con las tesis normativistas, a pesar de partir de planteamientos metodológicos aparentemente opuestos.

<sup>114</sup> En efecto, y sin desmerecer en absoluto la contribución del análisis sociológico en el ámbito de la creación jurídica (v. BERGEL, op. cit., p. 164-165), es preciso reconocer también sus palpables insuficiencias. El propio GURVICH, que reconoce como "la teoría puramente sociológica (...) no llega a distinguir las normas de derecho de las reglas técnicas", no pudiendo así "resolver el problema de la validez" (L'expérience... cit., p. 139), no supera, sin embargo, el espontaneísmo propio de su posición sociologista, y termina por calificar como fuente a todo tipo de actos o decisiones producto de la actividad de una variada gama de operadores jurídico-sociales (L'idée du droit social... cit., p. 138 ss.). Tal dispersión se debe a que, una vez identificadas las fuentes materiales con los llamados "hechos normativos", se produce "la degradación de las fuentes formales al nivel de simples procedimientos técnicos de constatación de esos 'hechos normativos'", lo que conduce a la inevitable "conclusión de que puede haber, en principio un número ilimitado de fuentes formales del derecho" (L'expérience... cit., p. 143), todas las que, de un modo u otro, pongan en evidencia la existencia, mediata o inmediata, de uno de esos

tanto, la razón de tan insatisfactoria explicación es la misma: no superar la mera positividad del dato, sea éste normativo o fáctico<sup>115</sup>.

El formalismo y el sociologismo dejan, pues, una zona oculta a la investigación<sup>116</sup>, aquélla donde la realidad social y la jurídica convergen y se integran de forma, más o menos, armoniosa. Esta zona es comprendida por el derecho extranormativo, es decir, el que ha sido identificado como sistema interno<sup>117</sup>. Como se puede apreciar sin dificultad, es aquí, precisamente, donde hay que ubicar el problema de las fuentes del derecho.

### 3.2.3.- La solución del problema de las fuentes dentro del marco teórico de un sistema jurídico "abierto".

En consonancia con la perspectiva metodológica propuesta y con el consecuente concepto de derecho esbozado, la problemática de las fuentes del derecho hay que incardinarla dentro del espacio de la organización jurídica que hemos denominado sistema interno<sup>118</sup>. La consideración de

---

"hechos". No es de extrañar, por tanto, que este autor llegue a distinguir diez tipos de fuentes de la más diversa naturaleza, abarcando desde la práctica de los tribunales u otros órganos arbitrales, hasta los estatutos sociales, convenciones de todo tipo, etc. (ibídem).

<sup>115</sup> V., en este sentido, el análisis que efectúa HERNÁNDEZ GIL (op. últ. cit., p. 124 ss.).

<sup>116</sup> Como señala HERNÁNDEZ GIL (op. últ. cit., p. 126), "esa zona es precisamente la comprendida entre la semántica de las normas y los hechos sociales".

<sup>117</sup> O bien, en expresión de HERNÁNDEZ GIL (op. últ. cit., p. 129), "regulación ad intra", claramente expresiva de su oposición a la reconocida y típica función ordenadora de la realidad (normativa) o regulación "ad extra".

<sup>118</sup> Es decir, en aquella parte del ordenamiento jurídico que no se corresponde exactamente con el conjunto de normas emanadas, sino con "algo más dinámico y vital: la compleja y variada organización del Estado... los numerosos mecanismos y engranajes... las relaciones de autoridad y de fuerza que producen, modifican aplican y garantizan las normas jurídicas, pero que no se identifica con ellas" (SANTI ROMANO, op. cit., p. 100). Como puede apreciarse, la importancia del estudio de la producción jurídica dentro del sistema creado por

una esfera organizativa, jurídica pero extranormativa, supone la apertura de un marco donde incardinar los mecanismos creadores del derecho, ocupando en ella un lugar destacado. No en vano, según hemos apuntado, la organización (interna) del derecho no es otra cosa que la organización de su producción, en sentido amplio<sup>119</sup>.

Sólo en este lugar es posible poner en relación los factores de diversa naturaleza que se conjugan en el proceso de creación del derecho. El concepto de fuente será el resultado de esa compleja interacción<sup>120</sup>. Su formulación, por tanto, deberá responder a la necesidad de traducir al lenguaje jurídico un hecho real, es decir, convertir en relevante jurídicamente aquello que, socialmente, ya lo es<sup>121</sup>. No en vano, el poder, siendo originariamente un hecho

---

SANTI ROMANO es de primer orden (v. en este sentido, MARTIN-RETORTILLO, op. cit., p. 22).

<sup>119</sup> Con mayor o menor precisión técnica, dicha organización se encuentra materializada, hoy día, en las constituciones modernas (v. DIEZ PICAZO: "Constitución y fuentes de derecho" en La Constitución española y las fuentes del derecho, MADRID-IEF, 1979; V. I, p. 653 ss.). No podría ser de otra manera si tenemos en cuenta que es allí, en los textos constitucionales, donde se establece la ordenación global del sistema jurídico-político de una determinada sociedad, así como los fines y valores que se persiguen con dicha organización (v. infra).

<sup>120</sup> VILLAR PALASÍ (Principios de derecho administrativo.- T. I: Concepto y Fuentes. SPUCM-MADRID, 1987; p. 59 ss.) concreta esta interacción en lo que él llama "dualismo entre la esfera de la realidad y la de la validez" que caracteriza al derecho y que, por ello requerirá que "sea concebido simultáneamente, en el mundo de los hechos y en el ámbito de los valores". De esta manera, "existe una fusión íntima entre realidad y validez que es preciso entender no como antinomia o contraposición, sino como complemento" (p. 59). Como el propio autor reconoce, "probablemente, esto mismo complique su tarea (la del jurista), pero es, sin duda, una complicación necesaria si se quiere evitar el puro dogmatismo y acercar el Derecho a la realidad y a la vida" (p. 61).

<sup>121</sup> Por ello, la separación entre fuentes "formales" y "materiales", didáctica a efectos expositivos (v. DIEZ PICAZO, art. cit., p. 939, que diferencia entre la determinación de "quiénes son la persona, personas o grupos sociales que en un determinado sector social o político ejercen el poder de creación de normas jurídicas", por un lado, y "la forma de expresión o de exteriorización en que la norma parece o se manifiesta", por otro), es, sin embargo, imposible de realizar desde una perspectiva dogmático-constructiva, y por tanto, necesariamente omnicomprensiva del fenómeno (v. en este sentido, BATIFFOL, art. cit., p. 3; BALAGUER CALLEJÓN, op. cit., p. 51, que pone de relieve cómo este hecho dificulta la elaboración de una "teoría constitucional de las fuentes", en sentido tradicional; en parecidos términos, PÉREZ ROYO, Las fuentes del derecho, TECNOS-MADRID, 1985; p. 13). Como señala ATIAS ("Quelle positivité? Quelle notion de droit?", en Les sources... cit., p. 209 ss.), las fuentes "formales" crean la impresión de una "exterioridad del derecho", como si se tratase de "un producto acabado de salir del verbo de la autoridad". Sin embargo, se trata de un puro espejismo, ya que "esta objetividad desaparece a los ojos de quien descubre la extraordinaria complejidad de las fuentes" (p. 231).

social, su sometimiento al correspondiente proceso de juridificación, entendido como integración contextualizada en el sistema jurídico, es ineludible para devenir cauce de expresión normativa<sup>122</sup>.

Pero la juridificación de cualquier poder (social o estatal) significa su sometimiento a una organización y, por ende, a unos determinados fines: aquéllos que la informan<sup>123</sup>. Ello comporta, sin duda, una selección de aquellas manifestaciones de poder que, por su significativa relevancia social, adquieren relevancia jurídica. Este proceso selectivo, obviamente, necesita de unos criterios

---

Pero ello no debe llevar como consecuencia que "la noción de fuente formal (desaparezca) en la de fuente material, tal y como desaparecía la noción de fuente material en la de fuente formal" en el positivismo jurídico (DUFOUR, "La théorie des sources du Droit dans l'Ecole de Droit historique", en op. ult. cit., p. 119). Lo que procede es la búsqueda de una superación armónica de la aparente contradicción de términos, de tal manera que, situadas en la posición intelectual que les corresponde, aparezcan como lo que realmente son: las dos caras de un mismo fenómeno. Esta es la solución adoptada por GENY (Science et technique...cit., passim.) que reconduce la distinción entre fuentes formales y fuentes materiales a la dicotomía básica de su esquema analítico: la separación entre el dato (le donné) y lo construido (le construit). De este modo, "todas las fuentes formales o secundarias del derecho positivo (...) no pertenecen más que al dominio de lo construido, y no son más que 'procedimientos técnicos' más bien artificiales, llamados a constatar una realidad jurídica preexistente e inmediatamente dada" (GURVICH: L'expérience juridique...cit., p. 52-53. Para un completo desarrollo de esta distinción, v. p. 140 ss.).

<sup>122</sup> Este proceso, es decir, el paso de un estado de "extrainstitucionalización" a un estado de "institucionalización", es la característica definitoria del derecho como sistema autopoietico (v., en este sentido, ROBLES, La sociología...cit., p. 203). Es el concepto de fuente, por tanto, el elemento estructural básico para llevar que el derecho acabe constituyendo un sistema autopoietico.

<sup>123</sup> Dicho sometimiento se efectúa en el mismo momento en que la actividad de un determinado centro de poder es calificada como fuente del derecho. Se pone de manifiesto, por tanto, el doble papel que desempeña el concepto de fuente, paralelo a los sentidos en que puede entenderse su misión "catalizadora": por un lado, juridifica poderes sociales, haciendo que estos tengan la expresión normativa que les corresponde; por otro lado, encauzando dicha expresión, desempeñan una evidente labor integradora, mediante la cual, el poder (entendido como poder total, es decir, como la suma de todos los poderes concurrentes) queda sometido al derecho. Como veíamos, una de las principales contradicciones en las que incurría la teoría pura consistía en el hecho de que pese a haber apartado todo elemento fáctico (sein) de su sistema jurídico, que se caracterizaba, por ende, en ser puramente prescriptivo, es decir, basado en juicios de deber ser (sollen), al final no puede evitar introducir el poder, en abstracto, como fundamento último del sistema. La norma fundamental, por tanto, canaliza el poder hacia el sistema jurídico pero, y este es el problema, lo hace de forma "inconsciente", es decir, sin someterlo a ningún tipo de juicio de valor. Como señala CALSAMIGLIA (Kelsen...cit., p. 136-137), su función consiste en "convertir hechos reales y efectivos en normas". De este modo, "el problema es grave porque se cree haber elaborado una teoría absolutamente independiente del poder político y éste sí que se introduce en la norma fundamental".

determinados<sup>124</sup>, y, en consecuencia, presupone la incorporación de elementos valorativos de diversa índole, de tal manera que no se produce una correlación exacta entre poder social y reconocimiento de capacidad de producción normativa. De este modo, pueden existir manifestaciones de poder que no tienen expresión jurídica alguna o, en otros casos, que no la tienen en proporción a la que le correspondería de existir aquella correlación automática. Ello significa que el concepto de fuente no puede ser axiológicamente neutro, sino que en su elaboración ha de integrar esos elementos valorativos que, a la postre, hacen que el paso del dato fáctico al jurídico constituya un proceso catalizador "intervenido", valga la expresión<sup>125</sup>.

El concepto de fuente, por tanto, debe incorporar en su elaboración las reglas que rigen este proceso integrador<sup>126</sup>. Sólo así adquirirá plenamente valor su formulación, sirviendo, en definitiva, de cauce instrumental para explicar las diferentes formas de producción jurídica<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> Son los llamados "criterios de juridicidad" (BERGEL, op. cit., p. 166).

<sup>125</sup> Esta especie de filtro de impulsos sociales es lo que RUBIO LLORENTE (op. últ. cit., p. 49 ss.) denomina "mediación necesaria", en clara referencia al papel esencial que el derecho desempeña en la confluencia entre poderes sociales e ideales jurídicos. Dicha función de mediación se realiza a través de la catalización operada por el sistema de fuentes, que, a su vez, presupone una determinada ordenación de valores. En conclusión, como señala DE CASTRO (op. cit., p. 45) ello conduce, en última instancia, a que "el Derecho de un Estado sano será siempre el reflejo de una política de estricta jerarquía de fines".

<sup>126</sup> Estas reglas deben ser plenamente coherentes con las que rigen el conjunto del sistema en su globalidad, pues sólo así, integrada en éste, la regla o decisión producida encontrará su fundamento jurídico (en este sentido, ATIAS, op. cit., p. 232). El parámetro para evaluar dicha coherencia está constituido, en última instancia, por el principio de legitimidad (v. ut supra), a través del cual se ponen de manifiesto "los nexos existentes entre teoría general de la política y teoría general del Derecho, y más específicamente entre teoría del poder, objeto principal de la primera, y teoría de la norma, objeto principal de la segunda" (BOBBIO, "Sobre el principio de legitimidad", en Contribución... cit., p. 297 ss.; p. 298).

<sup>127</sup> Como señala BATIFFOL, citando, a su vez, a RIPERT/BOULANGER (op. cit., p. 1), "la regla jurídica procede de una autoridad que tiene el derecho de crearla y de imponer su observación. Es esta autoridad quien es la fuente del derecho". (En el mismo sentido, aunque con matizaciones, GURVITCH (L'expérience... cit., p. 140). Por ello, entre los problemas fundamentales que esta llamada a resolver la teoría de fuentes, el esencial es, sin duda, "conocer el principio según el cual la fuerza se metamorfosea en derecho" (CHOUGIAS: "Les Fondaments de la Science de droit selon les conceptions contemporaines

Teniendo en cuenta las necesidades explicativas que está llamado a cubrir el concepto de fuente del derecho, la solución técnica más satisfactoria al respecto la encontramos en la formulación doctrinal del llamado "concepto jurídico determinado por su función"<sup>128</sup> (en adelante, CJDF). La virtualidad explicativa de dicha formulación se concreta en su capacidad para resolver los problemas que, en general, se planteen en relación a la necesaria conexión entre los dos planos que se distinguen dentro del sistema jurídico, es decir, el sistema externo (plano de la positividad) y el sistema interno (plano de la extrapositividad)<sup>129</sup>. De este modo, la consideración del concepto de fuente como un CJDF supone dar respuesta, en clave dogmática, al enconado problema de la integración, a la postre, insoslayable, entre

---

dominantes", en *Les sources...* cit., p. 182). Una de las principales deficiencias de la teoría kelseniana fue, precisamente, no tener en cuenta esta evidente interrelación entre norma y poder que se produce en el ordenamiento jurídico y se refleja detrás de cada acto de creación normativa (v., en sentido crítico, BOBBIO, "El principio..." cit., p. 301-302).

<sup>128</sup> LARENZ, op. cit., p. 473 ss.

<sup>129</sup> V. *ut supra*. Las exigencias que vienen a resolver los CJDF se concretan en la necesidad que tienen los conceptos técnicos-abstractos, (es decir, los situados en el plano más próximo a la positividad e integrantes, junto con las normas, del denominado sistema externo), de seguir siendo aptos a pesar de la redefinición funcional a la que, eventualmente, pueden ser sometidos. En efecto, dada la escasa carga valorativa de estos conceptos técnicos (que puede medirse en función inversamente proporcional a su positividad), su capacidad es mínima para ser portadores de las conexiones de sentido que, provenientes del sistema interno, deben dominar toda la estructura jurídica. Para suplir esta carencia de contenido valorativo y, en consecuencia, para evitar las disfuncionalidades que puede producir una redefinición del sistema de valores no recibida por dichos conceptos técnicos, se conciben, precisamente, los CJDF. Su misión consiste, por tanto, en poner en contacto ambos planos (positividad y extrapositividad), actuando así de catalizadores, en sus respectivos ámbitos, de los movimientos que surjan como consecuencia de una eventual recomposición de equilibrios entre los fines y valores que integran (y preordenan) el sistema interno. La no percepción de la citada carencia fue, como hemos visto, la principal crítica sufrida por el formalismo. Como señala LARENZ, (op. cit., p. 481), el sistema externo o aparato técnico-conceptual, imprescindible para operar con una ingente masa de normas y regulaciones específicas (lo que revela otras de las características del sistema externo: su carácter fragmentario), no conduce, sin embargo, al descubrimiento y comprensión del sistema interno. En consecuencia, "de él no puede esperarse ninguna respuesta a cuestiones jurídicas o creer que sólo con su ayuda se pueden descubrir las conexiones de sentido internas del Derecho -sin cuyo conocimiento toda la materia jurídica es masa inerte con la que en último término se puede operar de uno u otro modo". De ahí que el sistema externo necesite de la reactualización en clave axiológica que, a modo de flujo continuo, le proporcionan los CJDF.





los aspectos estructurales y funcionales que es preciso tener en cuenta al analizar la problemática de la creación jurídica<sup>130</sup>.

El proceso descrito, obvio es decirlo, se lleva a cabo en el seno del sistema interno, es decir, en el plano extrapositivo o prenормativo del ordenamiento jurídico. Es allí donde se produce la simbiosis entre elementos fácticos (poder) e ideales (valores, principios, fines), cuyo resultado debe ser trasladado ineludiblemente al plano de la positividad, es decir, donde se hallan las normas emanadas.

---

<sup>130</sup> La centralidad de la categoría de los CJDF dentro de un sistema configurado como abierto o "móvil" (v. ut supra), es, pues, evidente: gracias a ellos se produce la imprescindible interacción entre derecho y sociedad, constituyendo en dicho proceso el instrumento estructural que hace posible la conducción ordenada de los recíprocos flujos. En el fondo, es la misma tarea desempeñan los llamados "conceptos jurídicos adecuados a la sociedad" de LUHMANN, si bien teniendo en cuenta como presupuesto que "un sistema puede adaptarse a los acontecimientos relevantes de su entorno, tanto como cambiar su entorno en aspectos relevantes para el sistema" (op. cit., p. 111). Por lo tanto, la función de estos conceptos no se resuelve en un sólo sentido, es decir, adaptar el derecho a la sociedad (causalismo), sino que consiste en la constatación de la existencia de un desfase entre una y otra esfera mediante la "puesta en relación del entorno variable y el sistema variable". De esta manera, "el sistema se percata por sí mismo, por así decirlo, de si en relación con el entorno algo cambia, o es problemático, o ha de ser corregido" (op. y loc. cit.). En conclusión, "la dogmática, mediante la formación socialmente adecuada de sus conceptos, solamente nos garantiza 'condiciones de la posibilidad' -o mejor aún: condiciones para que el sistema jurídico se oriente, con el input y el output al mismo tiempo, a la necesidad de decisión producto de toda la sociedad" (op. cit., p. 112). La función de los CJDF, valga la intencionada redundancia, no es otra, por tanto, que la de ser cauce de la "adecuación" entre derecho y sociedad. La diferencia entre la soluciones técnicas contenidas en las formulaciones de LARENZ y de LUHMANN, a pesar de la idéntica intencionalidad constructiva que informa su desarrollo y de que éste se efectúa dentro de los límites de la dogmática jurídica, se deben al distinto papel que, no obstante, asignan a ésta. En efecto, mientras que para LARENZ, la función de la dogmática es descriptiva, es decir, debe limitarse a explicar a posteriori cómo los principios jurídicos se incorpora a la regulación positiva, para LUHMANN, es además prescriptiva ("anticipatoria", según su propia denominación), o sea, directamente dirigida a cambiar la regulación positiva. Ello significa introducir elementos de política jurídica dentro de la construcción dogmática; es lo que se denomina "función social de la dogmática" (ROBLES, op. cit., p. 135). Ello se traduce en el hecho de que, mientras que el CJDF de LARENZ supone la constatación de una serie de conceptos técnico-abstractos (sistema externo), siendo su eventual modificación producto de una reposada interacción entre sistema interno y sistema externo, que el CJDF se limita a poner en evidencia para que el legislador pueda comprobar la existencia de un hipotético desfase, el CJAS de LUHMANN ahorra trámites, e incorpora en su propia formulación un mecanismo automático de integración de doble dirección entre sociedad y derecho, de manera que, al mismo tiempo que detecta los desajustes, los procesa integrando la solución en su propia estructura con lo que la intervención de legislador, aunque pudiera producirse y sería conveniente que así acaeciese, deviene superflua: la jurisprudencia, en todo caso, ya cuenta con un instrumento, el CJAS, que le permite operar jurídicamente sin temor a los inevitables desfases producto de una evolución del derecho no sincronizada con la norma positiva.

Pues bien, dicha trasposición se canaliza a través del concepto de fuente que, integrando aquel resultado, modula su propia estructura y contenido, y por extensión, la del sistema de fuentes en su conjunto, para que la producción normativa se ajuste a las exigencias dimanantes del resultado del proceso compositivo efectuado en el seno del sistema interno.

Como hemos dicho, es en esa esfera donde se encuentran los fines y valores<sup>131</sup> que orientan al derecho en su función de organización de la sociedad (organización externa). De este modo, un cambio en la sociedad, si es relevante, producirá una redefinición en la organización de ese conjunto de principios superiores (fines y valores) que, necesariamente, habrá de tener reflejo en el sistema organizativo interno, modificando su estructura<sup>132</sup>. Todo el sistema sufre la acometida de estos nuevos aires, que le obligan a efectuar un viraje para lograr su reajuste al nuevo rumbo impuesto. Todos sus elementos estructurales (categorías), a su vez, se ven sometidos a una remodelación de su propia forma, con el fin de adaptarse a la nueva morfología del sistema. Y uno de los aspectos más afectados será, sin duda, la organización del sistema de fuentes, ya que precisamente, a través de la modificación de sus equilibrios internos, es como de forma más efectiva se efectúan los cambios jurídico-positivos que requiere la

---

<sup>131</sup> Sobre la relación entre valor y creación jurídica, v. GURVICH: *L'idée...* cit., p. 117. Este autor parte de la consideración de estos valores como "ideas-acciones", es decir, con vocación de actuar en la experiencia jurídica inmediata, más que quedarse en una especie de esfera inmutable por extratemporal. Por tanto, su "esencia es la actividad creadora, traspuesta en el dominio mismo de las ideas objetivas, por lo cual, "conservan un carácter esencialmente activo y creador en detrimento de su estructura (...) intelectualizada".

<sup>132</sup> Sobre el carácter decisivo del papel que estos "principios superiores de un derecho inmanente" juegan sobre "los procedimientos de elaboración de la materia jurídico-positiva", v. GENY: *Método de interpretación y fuentes...* cit., p. 40 ss.

constante e inexorable evolución social<sup>133</sup>. Pues bien, el concepto de fuente, concebido como CJDF, proporciona la oportuna actualización del concepto técnico correspondiente que, por estar situado en el sistema externo (plano de la positividad), y, en consecuencia, habida cuenta de su escasa carga valorativa, no dispone por sí mismo de la capacidad suficiente como para captar hipotéticos cambios en el sistema de fuentes "materiales"<sup>134</sup>.

Por tanto, el concepto de fuente, definido por la función que desarrolla, no siempre responde a una misma extensión material. La ampliación o reducción de ésta repercutirá inexorablemente en la inclusión o exclusión de manifestaciones de poder real, así como en su eventual modulación. Pero además, la redefinición que se produce en el sistema de fines y valores actúa sobre cada una de las fuentes en especial y sobre el conjunto del sistema en general, estableciendo una recomposición mediante la cual queda afectada la posición de cada una de las fuentes, de tal

---

<sup>133</sup> El sistema de fuentes se erige, pues, en ese organismo incesantemente productivo que exigía el dinamismo intrínseco al derecho, cuya misión no es otra que la de recibir "todos los elementos del exterior" de tal manera que "los elabora en sí mismo para proyectarlos en seguida en su campo de actividad propia". Sólo así, "el Derecho puede seguir siendo director del movimiento que debe incesantemente dirigir" (GENY, op. cit., p. 673). Quede claro, por supuesto, que las fuentes a las que nos referimos son las primarias o materiales, es decir, aquéllas que en donde se produce la "interpenetración entre lo real y lo ideal" (GURVITCH, *L'expérience...* cit., p. 142). Para trasladar estos cambios al derecho positivo es preciso el concurso las llamadas "normas sobre la producción jurídica" (en adelante, NSP), cuya función es, precisamente, la de "predisponer los mecanismos para la modificación consciente y tempestiva de las normas de primer grado: proveen a la transformación del sistema" (BOBBIO, "Normas primarias..." cit., p. 318).

<sup>134</sup> En efecto, poniendo en relación la distinción entre concepto técnico y CJDF con la tradicional entre fuente formal y material, se podría afirmar, en principio, que el CJDF se corresponde con el concepto de fuente material, y el concepto de fuente formal se identificaría con el concepto técnico. La asimilación entre los dos primeros vendría dada por su ubicación en el plano extrapositivo o prenормativo del derecho, es decir, donde se produce la compleja simbiosis entre lo real o fáctico y lo ideal o valorativo. Por su parte, la fuente formal sería el concepto técnico situado en un determinado nivel del plano de la positividad, es decir, ya ha sido objeto de un proceso de intervención legal que lo ha modulado de una determinada manera. Normalmente la configuración típica se produce mediante las NSP, cuyo cometido es, en última instancia, materializar una determinada política del derecho. En todo caso, su referente básico es el CJDF que representa a la fuente material correspondiente, y cuyo carácter es indiscutible para valorar la adecuación de las NSP y, en definitiva, de una determinada línea de política jurídica.

manera que su importancia relativa en el conjunto la producción normativa se verá afectada en función de las nuevas directrices impuestas<sup>135</sup>.

Esta organización del sistema de fuentes, así como las sucesivas reestructuraciones a las que pueda ser sometida, requiere de una voluntad o poder modulador que materialice los mandatos derivados de las mismas. En definitiva, necesita de un "brazo ejecutor" que interprete y aplique los imperativos del sistema supraordenado. Dicho poder no puede ser otro que el del Estado, protagonista cualificado de la orientación total ("indirizzo politico", según los constitucionalistas<sup>136</sup>) de todos sus mecanismos hacia la dirección que le marcan los fines que está llamado a cumplir, concretados en los valores superiores del ordenamiento jurídico al cual se encuentra, por su parte, plenamente sometido.

Teniendo en cuenta las repercusiones que se derivan de esta función organizadora del Estado, principalmente, en lo que se refiere a las problemáticas relaciones que se establecen entre la ley y las demás fuentes del derecho, trataremos este tema en su ámbito correspondiente; que no es otro, en definitiva, que el que se desenvuelve en torno a la vieja polémica entre monismo y pluralismo, si bien con las matizaciones que, inevitablemente, ha introducido en dicha dicotomía el devenir histórico-jurídico.

---

<sup>135</sup> Esta capacidad proviene de la naturaleza esencialmente axiológica de los CJDF, es decir, se debe al hecho de que responden a un principio valorativo que, por otra parte, ha informado su propia creación (v. LARENZ, op. cit., p. 474).

<sup>136</sup> Sobre el papel coadyuvante de los Tribunales Constitucionales y, en concreto, del nuestro, en dicha función, v. ROLLA, Indirizzo politico e tribunale costituzionale in Spagna, JOVENE-NAPOLI, 1986.



## CAPÍTULO II.- EL MODELO TEÓRICO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO.

### 1.- INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente capítulo es intentar definir los rasgos esenciales de un modelo teórico<sup>1</sup> de la negociación colectiva como fuente del derecho<sup>2</sup>. Presupuesto

---

<sup>1</sup> El modelo teórico, como instrumento metodológico, se asemeja funcionalmente al "tipo ideal" de WEBER. En este sentido, como apunta LARENZ (op. cit., p. 463), "el valor cognoscitivo del tipo, como una forma de pensamiento, radica en que él, a diferencia del concepto abstracto, pone en claro y permite conservar la profusión de rasgos particulares en él contenidos precisamente en su unión plena de sentido. En la profusión de estos rasgos particulares se refleja la 'naturaleza de la cosa'". En el mismo sentido, ROBLES (op. cit., p. 29-30) los define como "construcciones racionales que aunan de modo coherente todos los caracteres relevantes de una acción teleológicamente racional. La realidad nunca coincide, punto por punto, con el tipo ideal, pero a pesar de ello el tipo sirve para entenderla mejor, pues proporciona las características del fenómeno en sí mismo". De este modo, hay que dejar claro que, como señala FARIÑAS DULCE La sociología del derecho de Max Weber, CIVITAS MARDID, 1991; p. 139 ss.), no se trata de concebir "tipos ejemplares, sino que tienen únicamente un sentido lógico y reivindicativo, una validez lógico-real: son conceptos con los cuales se mide la realidad de forma comparativa, y no unos ideales a partir de los cuales se juzga la realidad evaluándola" (p. 139). En conclusión, "los tipos ideales no constituyen un fin científico, sino sólo un instrumento metodológico y, por tanto, deben ser superados y contruidos cada vez con mayor precisión" (p. 142), ya que, no son "verdaderos o falsos, sino útiles o inútiles como instrumentos cognoscitivos" (p. 143).

<sup>2</sup> En este sentido, de forma preliminar, hay que dejar sentado que nuestra pretensión, en estos momentos, se centra en la caracterización de un "tipo ideal" de negociación colectiva, para lo cual se hace abstracción de cualquier modelo empírico concreto, como corresponde a toda indagación efectuada en sede de teoría general. Y ello, claro está, sin perjuicio de la idoneidad del método comparado de análisis que, no obstante, debe ser utilizado con cautela (sobre los "abusos" en los que se ha incurrido al recurrir al mismo, v. KAHN-FREUND, "Sull' uso... cit., *passim*.; VENEZIANI, Stato e autonomia collettiva, CE-BARI, 1992, p. 18-19). Por ello, conviene aclarar que se prescinde en esta fase de la, no menos útil, figura del "tipo jurídico estructural" que, teniendo como referencia una experiencia jurídica concreta (no es, por tanto, "teórico"), desplegará toda su virtualidad explicativa más adelante. Ello no quiere decir, sin embargo, que dicho modelo esté "legalizado", sino simplemente "juridificado", es decir, incorporado al sistema interno de ese específico ordenamiento. El "legalizado" (es decir, aquél en cuya construcción ha intervenido la ley de forma más o menos decisiva) estaría representado técnicamente por el llamado "tipo real normativo". (v. LARENZ, op. cit., p. 456 ss.). Ambos tipos serán sucesivamente utilizados para el análisis del modelo español de negociación colectiva, estructurando, así, mediante la separación del plano constitucional y el legal, la segunda parte del presente trabajo. De este modo, la utilidad de la elaboración de estos modelos no se constata sólo en relación con el proceso constructivo, descubriendo la conexión de todos sus elementos esenciales, sino también respecto del simultáneo proceso de depuración de aquellos elementos no esenciales ni definitorios que han sido incorporados erróneamente. Ello ocurre cuando se hacen trasposiciones incorrectas de elementos que corresponden a modelos reales, propios de experiencias concretas, como si fueran estructurales o básicos de una institución. En relación con la negociación colectiva, este problema metodológico, derivado de la no distinción entre uno y otro plano, ha sido puesto de manifiesto por VARDARO (op. cit., p. 15), referido, concretamente, a aspectos

inexcusable para afrontar esta tarea, ha sido la superación de la cuestión metodológica, pues, como hemos visto, la estrechez de algunas perspectivas analíticas impedían, incluso, la propia enunciación del objeto de estudio. En este sentido es destacable que, tradicionalmente, se haya venido tomando en consideración únicamente al convenio colectivo como producto ya creado (fuente formal), pero no a la negociación colectiva como proceso creador (fuente material)<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá al respecto<sup>4</sup>, baste señalar ahora que iniciar un estudio de la negociación colectiva como fuente prescindiendo de todo elemento no normativizado (o positivizado), significa, simplemente, desconocer la verdadera naturaleza de esta especial fuente normativa, así como renunciar al correcto entendimiento de su importancia relativa en la ordenación de una parcela de la realidad tan relevante como las relaciones laborales; función en la que concurre, de forma cualificada, con la ley<sup>5</sup>. Dicha naturaleza originaria, indubitadamente

---

tales como la extensión "erga omnes" de los convenios colectivos.

<sup>3</sup> Ello se debe, fundamentalmente, a que para el formalismo imperante lo único relevante era el convenio, en tanto que acto emanado, cuya consideración como norma dependía del simple hecho de constituir un acto aplicativo de la ley, norma inmediatamente superior en la escala jerárquica. La negociación colectiva, en tanto que actividad productora, carecía de tipicidad jurídica, quedando postergada al "difuso" mundo de lo fáctico, consagrando así su "externalidad" en relación a lo jurídico. De este modo, el formalismo, instalado en el mundo del "deber ser", devenía incapaz de concebir el genuino carácter originariamente extraestatal de esta fuente, y, en consecuencia, negaba su autonomía constitutiva en relación con la ley, y ni siquiera se le otorgaba, desde el plano conceptual, autonomía tipológica en relación con el resto de los negocios jurídicos. (V. en este sentido, HUECK/NIPPERDEY: Compendio de Derecho del Trabajo, EDESA-MADRID, 1963 (Trad. RODRÍGUEZ-PIÑERO/DE LA VILLA), donde, después se considera, sin más, que "el convenio colectivo es un contrato privado" (p. 321). Por ello, en el fondo, el problema principal al que nos enfrentamos en todo acercamiento a la negociación colectiva desde la perspectiva de las fuentes del derecho es el metodológico. De ahí la atención que le hemos dedicado (v. infra).

<sup>4</sup> Fundamentalmente, en relación con el problema de la inserción de los productos de la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico-estatal, donde se podrán en evidencia que "las dificultades de la doctrina común derivan del prejuicio positivista que identifica el concepto lógico-teórico de acto normativo con la categoría de los actos formalmente asumidos como propias fuentes del ordenamiento jurídico del Estado" (MENGONI: "Legge e autonomia collettiva", MGL-80, p. 692).

<sup>5</sup> Lo que ocasiona una complejísima maraña de mecanismos interactivos entre una y otra fuente, según ha sido puesto de manifiesto por la doctrina como veremos (entre otros, MARTIN VALVERDE: "Concurrencia y articulación de normas laborales", RPS 119/78, p. 5 ss.; GARCIA PERROTE: Ley y autonomía..., cit.).

extraestatal<sup>6</sup>, no puede ser desvirtuada por el hecho de que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la ley asuma, además, un papel ordenador de la negociación colectiva, ya que, en todo caso, se trata de una función sometida a límites<sup>7</sup>

En definitiva, teniendo en cuenta las distorsiones que todo ello ha traído consigo, incluso, en lo que se refiere a la propia configuración jurídica del convenio<sup>8</sup>, hemos estimado oportuno hacer de la negociación colectiva el centro de nuestro análisis, y ello sin perjuicio de que, para su caracterización jurídica, haya sido preciso extender el propio marco analítico hasta donde lo imponía su naturaleza de fuente del derecho<sup>9</sup>.

De este modo, trayendo a colación el sentido y alcance que le hemos dado al concepto de fuente, ni el de "convenio colectivo" ni el de "autonomía colectiva" se integrarían en él. En efecto, el convenio colectivo sería la norma emanada, uno de los productos típicos (fuentes formales) de la negociación colectiva, que es la actividad productora, es decir, la fuente en sentido propio. Por su parte, como vamos a comprobar inmediatamente, la autonomía colectiva es el principio donde se fundamenta la negociación colectiva como

---

<sup>6</sup> Lo que es, por lo general, lugar común en la doctrina iuslaboralista, (v., tempranamente, GALLART FOLCH: Las convenciones colectivas... cit., p. 97-98), y ello, sin perjuicio de las controversias que, en relación con el subsiguiente problema de la juridificación, puedan existir, según veremos.

<sup>7</sup> V. infra.

<sup>8</sup> Denunciando este hecho, GIUGNI, op. cit., p. 30 ss., asimismo, G. LYON-CAEN, "Critique de la négociation collective", DS-79, p. 350.

<sup>9</sup> Como hemos visto, el dinamismo del concepto de fuente sólo encontraría adecuada respuesta si nos referimos a la negociación colectiva como actividad creadora de normas. Por el contrario, el convenio, como norma emanada, representaría el aspecto estático del derecho, y como tal, se muestra poco propicio para el conocimiento de la esencia del derecho, en general. Mucho menos, por tanto, para el estudio del fenómeno de la creación jurídica, representativo, por excelencia del peculiar carácter dinámico del derecho. En efecto, como señala GIUGNI (op. cit., p. 45), "ninguna norma, tomada en su perfil estático, está dotada de una elocuencia tal, que revele inmediatamente su naturaleza jurídica. Es necesario algo más, y este algo viene dado por la consideración de la norma en su perfil dinámico, en el sistema preconstituido de las fuentes de producción".



fuelle, pero no es, ella misma, fuente en ningún sentido. Como principio superior, representa el poder de donde trae causa la fuente negocial, y, por ello, integra otros elementos conexos a la negociación, pero diversos, tales como la organización de los sujetos (libertad sindical) y la autotutela (huelga). Todos ellos son elementos necesariamente concurrentes en el proceso constitutivo del poder autónomo, cuyo cauce de expresión es la negociación colectiva, única "fuente" en sentido propio.

Elaborado el marco de trabajo como punto de partida, la construcción del mencionado modelo teórico se concreta en la integración sistemática de todos los elementos que configuran esta peculiar forma de producción normativa. La virtualidad explicativa de este modelo ha de medirse, por tanto, en términos de comprensión del fenómeno considerado en toda su dimensión funcional, pero, simultáneamente, sin perder de vista su necesaria integración dentro de una estructura unitaria (sistema jurídico).

La propuesta metodológica esbozada ofrece cobertura dogmática suficiente a esta doble exigencia. Desde un punto de vista estático, concebida como fuente del derecho, el concepto de negociación colectiva va a estar determinado por su función dentro del ordenamiento jurídico, lo que define no sólo su posición relativa dentro de él, sino también las conexiones que se establecen con el resto de instituciones y principios que lo componen. Desde un punto de vista dinámico, su posición como fuente dentro del ordenamiento aparece como el resultado de un proceso mediante el cual, el poder social, siendo originariamente un elemento fáctico, encuentra, finalmente, un cauce de expresión normativa por el que desplegar toda su potencialidad ordenadora.

La elaboración del modelo teórico pasa, por tanto, por la descripción de este proceso de juridificación que, como tal, se concreta en el estudio de la línea de conexión existente entre la norma colectiva positiva y el poder social, su fundamento último. No en vano, la caracterización de la norma creada como norma colectiva sólo será posible si

la mencionada línea no ha sido colapsada en ninguna de las diferentes fases del proceso de juridificación. La interferencia de otro poder, señaladamente, del poder estatal, haría que la norma emanada, sea cual fuere la denominación que tuviese, no podría ser calificada como colectiva por no encontrar su fundamento directo (aunque mediato) en el poder social. De ahí que sea necesario establecer cuales son las condiciones en que la intervención legal se produce y, especialmente, sus limitaciones. Para ello, de forma preliminar, hay que establecer el momento en el que dicha intervención puede llegar a producirse.

La identificación de este momento con el de la formalización de las diversas vías por las que la fuente colectiva puede encontrar expresión normativa, va a suponer que, a efectos de claridad expositiva, se sitúe aquí la línea de demarcación entre las dos fases en las que se va a dividir el estudio del modelo teórico. Pero la razón fundamental de esta división expositiva la encontramos en las propias exigencias del proceso de juridificación que, de forma natural, se desglosa en dos fases. Por un lado, la que podemos llamar fase "material" que, desarrollada íntegramente en el sistema interno, tendría por objeto describir el proceso de integración del poder social hasta su conversión en fuente material del derecho. Por otro lado, el proceso de juridificación "formal", partiendo del presupuesto de la incardinación de la negociación colectiva en el sistema material de fuentes, tendría como objeto describir las claves que rigen, tanto la producción de normas colectivas, como, finalmente, su posición relativa en el sistema de fuentes formales; de ahí que su ubicación esté, obviamente, en el sistema externo.

La definición del modelo teórico de la negociación colectiva como fuente se concreta, por tanto, en el análisis separado, pero sucesivo, de esas dos fases en las que se desglosa su proceso de juridificación. En la primera de ellas, la material, la negociación colectiva encontrará su fundamento en la organización jurídica (sistema interno); en la segunda, la formal, su verificará su proyección sobre el

derecho positivo (sistema externo). Ambas aportarán los datos suficientes para una comprensión global de este fenómeno de producción normativa.

## 2.- EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN MATERIAL.

Como fuente del derecho, la negociación colectiva se va a configurar como un concepto jurídico determinado por su función (CJDF), siendo su misión, según hemos visto, poner en conexión la norma positiva con el poder del que trae causa. La utilidad de esta solución técnica de es evidente. Aplicada a la comprensión de la creación jurídica, hemos llegado a determinar la función que desempeña el concepto de fuente dentro del conjunto del sistema jurídico<sup>10</sup>. De este modo, a través suya, hemos podido concebir el concepto de fuente, como una especie de catalizador de los elementos extrapositivos del sistema interno, reconduciéndola al sistema externo, es decir, al plano de la positividad (compuesto de normas emanadas y conceptos técnicos o formales de bajo nivel abstractivo). De esta forma, los potenciales cambios sociales se encauzan, una vez procesados, a modo de flujos informativos que van desde el sistema interno al sistema externo, y que imponen al legislador una determinada organización material del sistema de fuentes, que necesariamente deberá observar a la hora de "ejecutar" dichos esquemas organizativos en el sistema externo. Pero el concepto de fuente actúa dentro de los límites del sistema interno, es decir, se refiere a una realidad que ya es jurídica. El elemento fáctico extrajurídico, que en este caso es un poder, ha sufrido ya un proceso de juridificación previo a su incorporación al sistema de fuentes, es decir, previo a su conceptualización como fuente.

En consecuencia, la comprensión de la posición de la

---

<sup>10</sup> V. ut supra.

negociación colectiva en el sistema jurídico, estando definida por esa función, pasa, en primer lugar, por el estudio del proceso de integración jurídica de aquel poder, originariamente fáctico, donde la fuente colectiva encuentra su fundamento mediato. No en vano, el fundamento inmediato de todo cauce de producción normativa debe ser un principio jurídico que, a su vez, representa la juridificación de un poder de hecho. En nuestro caso, la juridificación del poder social toma cuerpo en el concepto de autonomía colectiva que, como tal, tiene por función constatar la originaria extraestatalidad del poder normativo en que consiste la negociación colectiva.

De ahí que, configurada en el sistema interno como principio jurídico que fundamenta directamente a la negociación colectiva como fuente, se defina por oposición al principio de soberanía, fundamento, a su vez, del poder legislativo. Por otra parte, el concepto de autonomía colectiva no es coextenso al de negociación colectiva. Antes al contrario, al ser representativo de un poder, presenta una estructura compleja, donde la negociación colectiva, en tanto que cauce de expresión normativa de ese poder, no es más que una manifestación del mismo.

La configuración de la negociación colectiva como fuente material del derecho será, por tanto, el resultado final de esta primera fase del proceso de juridificación. De ahí que sea necesaria su descripción.

## 2.1.- La originaria extraestatalidad del poder social.

Toda fuente del derecho denota la existencia de un poder efectivo, sea de la naturaleza que sea (político, económico o social)<sup>11</sup>. La negociación colectiva, concebida como fuente del derecho, tiene como fundamento último la

---

<sup>11</sup> No hay que olvidar que el derecho es, en definitiva, "fuerza social organizada", y que toda fuerza "presupone un poder fáctico" (ZAFRA VALVERDE, El derecho como fuerza social, UN-PAMPLONA, 1964, p. 118-120)

existencia de un poder fáctico presente en la sociedad y, por tanto, nacido al margen de toda intervención estatal<sup>12</sup>. Todo examen acerca de la fundamentación jurídica de la negociación colectiva debe partir, por tanto, este hecho irrefutable. De no ser así, se estaría soslayando la posibilidad de analizar la conexión entre la realidad y el derecho, cuyos efectos distorsionadores son especialmente patentes en nuestra disciplina jurídica<sup>13</sup>.

En efecto, el llamado poder social se estructura sobre la base de la existencia de grupos sociales con intereses antagónicos que, paulatinamente, hacen converger sus respectivas fuerzas en un proceso de institucionalización progresiva de sus relaciones ajeno, en principio, a la intervención del Estado. Pero ni estas relaciones, ni sus protagonistas, a pesar de su relevancia social, trascendieron en un primer momento al plano jurídico.

Sólo cuando se puso de manifiesto la virtualidad ordenadora de esta confrontación dialéctica entre los grupos sociales organizados en la canalización del conflicto social, se estimó oportuno dar relevancia jurídica al producto de esa autocomposición puntual del mismo: el convenio colectivo. De este modo, el convenio es integrado dentro del ordenamiento jurídico estatal. El proceso de producción, la negociación colectiva, sería, sin embargo, el resultado de un complejo nudo de relaciones que permanecería fuera de los contornos

---

<sup>12</sup> En efecto, como señala GALLART Y FOLCH (op. cit., p. 111-112), el "error común" de las teorías formalistas, privatistas o publicistas, partía de la base de "creer que el Estado o la administración pública confiere a los organismos sindicales, patronales y obreros, el poder normativo en virtud del cual éstos pueden regular, por mutuo acuerdo, las condiciones de trabajo dentro de una profesión u oficio". Dicho error "nace de tratar de estudiar y, consecuentemente, de explicar el fenómeno jurídico social de arriba abajo, cuando debió hacerse y la explicación debió intentarse de abajo arriba". De esta manera, concluye, "no es que los sindicatos patronales y obreros empezaran a regular las condiciones de trabajo en la profesión u oficio el día que recibieron este encargo o delegación del Estado, sino que el Estado reconoció el valor jurídico-normativo de las convenciones intersindicales cuando esta actividad era ya una realidad indiscutible". (las cursivas son nuestras).

<sup>13</sup> V., en este sentido, KAHN FREUND, op. cit., p. 48 ss. Para este autor, "el Derecho del Trabajo está en gran medida conectado con este básico fenómeno del poder social. Y --lo que es más importante-- se conecta con dicho poder con independencia de la participación que el propio Derecho haya tenido en su establecimiento".

del derecho<sup>14</sup> que, hasta entonces, se identificaba con el derecho estatal (ley en sentido amplio). No en vano, la negociación colectiva, en tanto que manifestación directa de un poder social originario<sup>15</sup>, gozará de una relevancia ordenadora que dependerá, en principio, de factores exógenos al sistema jurídico estatal<sup>16</sup>. De ahí que su relevancia jurídica como fuente material fuera incompatible con una concepción tan restringida de derecho.

Sin embargo, como hemos visto, no todo el derecho tenía

---

<sup>14</sup> Como señala LYON-CAEN ("Anomie, autonomie et heteronomie en droit du travail", en *Hommage à Paul Horion*, LIÈGE, 1972; p. 173), en la "génesis del derecho del trabajo, el conflicto y la discusión entre la patronal y los trabajadores son datos preexistentes al derecho del trabajo positivo" (...). Hay conflictos y armisticios, huelgas y tratados entre adversarios, que el derecho no quiere conocer". En conclusión, se puede decir que "las relaciones colectivas de trabajo han comenzado por estar en situación de anomia".

<sup>15</sup> La constatación de este dato es la mayor aportación metodológica de SINZHEIMER ("La théorie des sources du droit et le droit ouvrier" en *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1934;., p. 74 ss.), y el punto de partida básico de la teorización de GIUGNI (op. cit., *passim*). Así, RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, EGES-TORINO, 1984; p. 48.

<sup>16</sup> En este sentido, VARDARO, *Contrattazione...cit.*, p. 10 ss. Entre estos factores cabe destacar, la existencia de grupos organizados, su grado de organización, la posición de fuerza que detentan, todo ellos reveladores del poder negocial que, potencialmente, se encuentran en disposición de desplegar. (v. ut supra). En efecto, como señala GIUGNI (*Diritto sindacale*, CE-BARI, 1984, p. 15), las manifestaciones de autonomía colectiva son "expresión de una compleja trama de relaciones cuya dinámica se funda sobre una subyacente realidad de fuerza y de poder que se sitúan en un equilibrio dinámico". Un observatorio privilegiado para corroborar la extraestatalidad del fenómeno de la negociación colectiva, así como los elementos que integran el poder social subyacente a la misma, viene representado por la forma en que se está llevando a cabo el proceso de consolidación del llamado "diálogo social europeo". En efecto, teniendo como objetivo final la construcción de un sistema de negociación colectiva a nivel comunitario, la puesta en marcha de ese proyecto, y los problemas estructurales que se suscitan al efecto, su estudio nos aporta interesantes datos para comprender, desde un plano estrictamente teórico, las reglas que rigen el proceso de juridificación de la negociación colectiva como fuente del derecho. Especialmente, de su comprensión se puede extraer una información inestimable para conocer las coordenadas analíticas de la integración autonomía/heteronomía, con virtualidad explicativa de todo tipo de experiencias, nacionales o supranacionales (como señala DESPAX, op. cit., p. 186, en todo caso, se comprueba que los convenios colectivos han aparecido por "generación espontánea", es decir, son un fenómeno previo a la intervención estatal). En este sentido son interesantes los trabajos de GUARRIELLO: "Accordi di gruppo e strutture di rappresentanza europea" GDLRI 53/92, p. 21 ss.; y "L'Europa sociale dopo Maastricht", LD, 2/92, p. 223 ss., donde es especialmente relevante el reconocimiento que se hace de la necesidad de intervención heterónoma, y el modo en que se propone la misma, para reforzar el "rol de las partes sociales" con el objeto de establecer un verdadero sistema europeo de negociación colectiva (p. 232 ss.). En definitiva, como ya apuntaba LYON-CAEN ("Anomie...cit.", p. 178) en relación con el ilustrativo ejemplo de autonomía colectiva originaria que representaba la llamada "negociación transnacional", para que esta fuera posible "es preciso y suficiente que las luchas sociales planteadas a este nivel condujeran a las direcciones de las firmas supranacionales a discutir, primero, y a transigir, después. El acto jurídico resultante de esta negociación por encima de las fronteras, comparable a grandes rasgos a un tratado internacional, encuentra en sí mismo su propia validez".

que ser estatal, algo que, aunque ahora es obvio, hubo de superar las perspectivas metodológicas estrictamente formalistas, presupuesto insoslayable para que, no sólo el producto creado, sino la actividad creadora tuviese relevancia jurídica, una vez constatada su innegable relevancia social<sup>17</sup>. La aprehensión de esa autonomía originaria, por tanto, sólo es posible desde una adecuada perspectiva metodológica y supone, en esencia, la posibilidad de caracterizar jurídicamente a ese poder subyacente<sup>18</sup>.

Los estrechos márgenes cognoscitivos con los que operaba el formalismo, objetivamente circunscritos al dato normativo e impregnados de un consustancial monismo, impedían tal posibilidad, y por ello devenía inútil como método para explicar satisfactoriamente la vertiente dinámica del derecho, lo que se hace patente, sobre todo, en materia de creación jurídica<sup>19</sup>. Para ello fue preciso romper con esos moldes analíticos, cuya labor fundamental era dar cobertura a aquellos esquemas tradicionales, lo que conseguía mediante un proceso de "autoidealización", valga la expresión<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Como apunta GIUGNI (*Diritto sindacale*, cit., p. 15), "esta realidad y sus implicaciones, que constituyen un momento relevante en orden al conocimiento integral de los fenómenos de relaciones sindicales, escapan a quien se sitúe en una perspectiva rígidamente formalista y circunscrita al derecho emanado por los órganos del Estado". En parecidos términos, poniendo de relieve las insuficiencias de los métodos formalistas para la aprehensión de la dinámica negocial, GUARRIELLO, "Accordi di gruppo e strutture...cit., p. 21 ss. De este modo, como concluye GALLART Y FOLCH (op. cit., p. 112-113), "la explicación satisfactoria del fundamento doctrinal de las convenciones colectivas hemos de encontrarlo en el reconocimiento de la actividad jurídico-normativa del grupo profesional" (p. 113).

<sup>18</sup> En efecto, como señala PROSPERETTI (op. cit., p. 50), "la opción por una aproximación dirigida al convenio colectivo ha conducido, a través de su previa cualificación formal, a la desvalorización de la originalidad del fenómeno colectivo en favor de la construcción en sentido técnico de la autonomía colectiva en el interior del ordenamiento estatal".

<sup>19</sup> Como críticamente señala DE CASTRO (op. cit., p. 31), para quien dicha posición no es ideológicamente neutra, "Kelsen y toda su escuela parten así de un Derecho ya vigente y válido. El significado de su doctrina, que teóricamente no es más que un escamoteo de términos, es grandísimo políticamente. La función de la realidad social queda reducida a poner en movimiento el mecanismo jurídico, después, desaparece, siendo totalmente desplazado por la constitución estatal. Así, enterrado el elemento peligroso e inestable de las "realidades" el sistema queda bien cerrado y bien defendido".

<sup>20</sup> En efecto, los teóricos del derecho, sumidos en el inalterable mundo de las abstracciones jurídicas, eran incapaces de concebir las repercusiones que podrían tener los cambios que se producían en la sociedad. En consecuencia, las nuevas necesidades, cuando finalmente eran advertidas, se reconducían (subsunción lógica) a las tradicionales elaboraciones civilistas, cuya base estaba constituida por el sólido corpus iuris romanorum. Los estrictos cánones del ius

Sólo el sociologismo nos proporcionará las "lentes" necesarias para comprender de qué manera aquellos datos fácticos eran decisivos para el entendimiento del problema de la producción normativa, lo que, sin duda, favoreció la configuración jurídica de la negociación colectiva como fuente, y ello a pesar de su naturaleza genuinamente social o extraestatal. De este modo, trayendo la realidad al derecho, se puso en evidencia, desde el plano objetivo, la existencia en la sociedad de conflictos causados por intereses antagónicos en lucha permanente, y desde el plano subjetivo, la identificación de los grupos sociales protagonistas de tal antagonismo. Ello supuso el nacimiento de un nuevo tipo de relación jurídica, las relaciones colectivas, protagonizadas por un peculiar sujeto de derecho: el sujeto colectivo.

En conclusión, este proceso de juridificación de la sociedad llevado a cabo gracias al método sociológico, dando fe de la naturaleza social del derecho, va a significar un cambio profundo en su propio concepto, superando la, hasta entonces, indiscutible polarización entre individuo y Estado<sup>21</sup>. Esto supone una manifestación palpable de la

---

comune eran indiscutibles: todo cambio social podrán ser racionalmente absorbido dentro de sus inamovibles contrucciones. La labor del jurista se limitaba, cada vez que se le presentaba la ocasión, a repetir una y otra vez los simples esquemas lógico-deductivos de análisis, sin importarle que sus resultados no fuesen satisfactorios a la luz de la realidad social. Sin embargo, ésta acabaría desbordando tan estrechas construcciones. Las convulsiones sociales eran de tal magnitud que no hubo otra alternativa que tenerlas en cuenta. Se imponía la necesidad de utilizar otros esquemas analíticos capaces de atender esas nuevas exigencias de juridificación, largamente ignoradas. De este modo, se puede afirmar que el nacimiento del derecho del trabajo (derecho social) está directamente vinculado a la introducción del sociologismo en la comprensión del derecho.

<sup>21</sup> Es evidente que estructurado bajo el par dicotómico Estado/individuo, del que es expresivo, la correlativa distinción entre derecho público y derecho privado, el ordenamiento jurídico no posibilitaba la incorporación del llamado derecho social. De este modo, la negociación colectiva, como parte fundamental de ese derecho social o colectivo, ha tenido que hacerse sitio entre el derecho estatal y la autonomía individual dentro de un sistema jurídico tradicionalmente reacio una incorporación que, ineludiblemente, pasaba por el reconocimiento de un espacio propio entre una y otra esfera. Las razones de esta actitud, que es enmascarada en los esquemas analíticos normativistas, son, precisamente, el peligro que supone para el status quo instaurado por el derecho liberal, el reconocimiento de nuevas esferas de poder no controlable ni encauzable hacía un centro. La puesta en evidencia de esta realidad es el principal mérito del método sociologista. En efecto, la equivocación de esta bifurcación ha sido puesta de manifiesto por GURVITCH (op. cit., p. 161 ss.), aduciendo el carácter meramente formal de esta oposición, de tal manera que sus términos no resultan intercambiables en relación a la pareja derecho social/derecho individual, al ser



singularidad del derecho colectivo del trabajo que exige, como presupuesto de su autonomía científica, una doble ruptura: respecto al derecho civil o privado y respecto al derecho público. La inaplicación del derecho de las obligaciones y contratos supone llevar a efecto primera de ellas. La otra se deducirá del reconocimiento de su poder autónomo y originario, no dependiente del Estado, que como manifestación de poder ordenador, nunca podrá intervenir, de forma decisiva, en este proceso normativo esencialmente autónomo. La irrupción jurídica del sujeto colectivo, por su parte, demandará parcelas de actuación propias donde traducir su poder social en normativo<sup>22</sup>.

## 2.2.- La negociación colectiva como manifestación del poder social organizado.

El sociologismo, por tanto, tuvo la virtualidad de mostrarnos el componente fáctico del derecho, lo que supuso una apertura a la comprensión de los factores

---

esta comprensiva de una oposición de índole estructural. Teniendo en cuenta el componente teleológico del derecho social, dirigido a lo que el autor llama "integración social", se trataría "en el fondo del reconocimiento de una realidad jurídica a la cual, por su estructura inmanente, la oposición tradicional entre el derecho público y el derecho privado deviene inaplicable" (p. 162). En el mismo sentido, SINZHEIMER: "La esencia del derecho del trabajo" (Grundzüge der Arbeitsrechts, 1927) en Crisis económica y derecho del trabajo. - Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo, IELSS-MTSS, MADRID, 1984, p. 67 ss.; para este autor el derecho del trabajo es un ejemplo paradigmático de cómo la idea de derecho social, de la que participa de forma cualificada, es incompatible con la distinción ente derecho público y derecho privado: "Antes se venía separando, en el Derecho del Trabajo, lo público y lo privado. El Derecho del Trabajo era, de un lado, un capítulo del derecho de obligaciones. De otro, una parte del Derecho Administrativo. Hoy se reconoce el Derecho del Trabajo constituye un ordenamiento jurídico en sí, cuyas normas no están dispersas en las diversas ramas del Derecho Civil y del Derecho Público, sino que tiene sus propios fundamentos. El Derecho del Trabajo no es ya, ante todo, un apéndice del derecho patrimonial. El Derecho del Trabajo se ha constituido ya como un Derecho propio y autónomo que tiene sus estructuras y principios característicos. Así el Derecho del Trabajo abre una brecha en el sistema de Derecho tradicional, al eliminar la desunión entre Derecho público y Derecho privado y, junto al ordenamiento jurídico de las cosas, introduce un ordenamiento jurídico de las personas en el conjunto del Derecho" (p. 70).

<sup>22</sup> V., en este sentido, BAYLOS GRAU: Derecho del trabajo: modelo para armar, TROTTA-MADRID, 1991, esp. p. 31-34; para una explicación in extenso, desde una perspectiva metodológica, de este trascendental proceso, clave para entender la propia esencia del derecho del trabajo en una sociedad pluralista y democrática, v. GURVITCH, op. cit., passim. y esp., pp. 95-153 y 163-169.

de la realidad inmanentes a los fenómenos jurídicos<sup>23</sup>. En relación con la creación jurídica, trajo a colación el elemento fáctico esencial que subyacía a todo acto normativo: el poder. En efecto, toda norma era, en última instancia, manifestación de un poder que era preciso poner de relieve. En definitiva, la consideración del derecho como un fenómeno social provoca, no sólo el ensanchamiento del propio concepto de derecho, sino también, consecuentemente, una diversificación de las formas de creación jurídica.

Desde esta perspectiva, la relevancia de la negociación colectiva, como actividad desarrollada por los sujetos representativos de grupos con intereses antagónicos, con la clara vocación de lograr normas que rijan sus recíprocas relaciones, encauzando, así, el latente o abierto conflicto<sup>24</sup>, no podría pasar desapercibida de ningún modo<sup>25</sup>. Antes al contrario, al suponer el ejercicio autónomo de un poder originariamente social, el complejo de relaciones que se establecen entre estos sujetos colectivos, ostentan una juridicidad innata que se proyecta en el plano de la creación jurídica. De este modo, como fenómeno social relevante para

---

<sup>23</sup> Lo que tiene especial relevancia para nuestra disciplina, ya que, de forma más palpable que en cualquier otra rama, en el Derecho del Trabajo se constata que el derecho es, esencialmente, experiencia jurídica. Es por ello que "su naturaleza casa mal (...) con un proceder severamente formalista, insensible ante las transformaciones socio-económicas en curso" (CASAS BAAMONDE, op. cit., p. 59). Sobre la necesidad de introducir en el examen jurídico conceptos representativos de la ciencia sociológica, capaces de poner de relieve las experiencias jurídicas primarias, y superar así las insuficiencias del análisis normativista, v. DIEZ PICAZO: Experiencias jurídicas y teoría del derecho, cit., p. 7 ss. Concretamente, de especial relevancia para el derecho del trabajo resulta el concepto de conflicto de intereses, siempre subyacente en la formación de todo orden normativo (ib., p. 10-11). En el mismo sentido, BADENES GASSET, op. cit., p. 193.

<sup>24</sup> V. al respecto, GONZALEZ ORTEGA, "La negociación colectiva en el sistema español de relaciones laborales" en Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, US-SEVILLA, 1978; p. 161 ss. Debe quedar claro que "la negociación colectiva no es solamente una técnica de fijación de las condiciones de trabajo (...). Muy al contrario, constituye uno de los momentos claves de expresión de todo un sistema de relaciones laborales al poner de manifiesto el papel que en tal sistema viene asignado al conflicto de clases y a la acción de las organizaciones sindicales en la defensa de los intereses antagónicos en él comprometidos". En este sentido, la negociación colectiva buscará la composición de esos intereses contrapuestos y, en última instancia, "la fijación pactada del equilibrio" (p. 163-164).

<sup>25</sup> Como afirma DIEZ PICAZO, op. cit., p. 127, "si recordamos que una norma jurídica es sobre todo un criterio indicativo sobre resolución de pretensiones y sobre decisión de conflictos y que una de las formas primarias de solución de los conflictos es la solución negociada, no cabe duda que una de las formas más importantes de producción de normas son los pactos o acuerdos entre los interesados".

el derecho, la negociación colectiva se convierte inmediatamente en fenómeno jurídico<sup>26</sup>.

En efecto, y a diferencia de la perspectiva normativista, para el sociologismo, el reconocimiento de la relevancia jurídica de la negociación colectiva, sin embargo, no dependería en ningún caso de que el Estado efectuase una declaración explícita al respecto: la juridicidad sería inmanente al fenómeno social una vez considerado, siendo consecuencia de los equilibrios de poder que surjan de forma autónoma entre los grupos sociales enfrentados (trabajadores y empresarios). Por lo tanto, no sería preciso ningún tipo de apoderamiento o delegación ex profeso de poder normativo a los sujetos negociadores, para que estos puedan crear normas vinculantes entre ellos.

Por otra parte, como hemos visto, atendiendo a las consecuencias que se derivan del reconocimiento de esta diversificación de los centros de producción jurídica, en su relación con la tradicional exclusividad ostentada al respecto por el Estado, se denominará extraestatalidad a esta especial característica propia de las norma así emanadas. Aparecerán entonces una serie de ordenamientos extraestatales o independientes, es decir, desvinculados "genéticamente" del ordenamiento estatal. Uno de los más importantes habría de ser el que tiene por objeto la ordenación autónoma de las relaciones laborales, es decir, el constituido en torno a la negociación colectiva.

Las diferentes posiciones jurídico-subjetivas, así como todo el cúmulo de relaciones de diversa índole, sean internas o externas a los grupos intervinientes, que se desarrollan autónomamente en torno a la actividad negociadora, serán parte integrante de este peculiar ordenamiento social. Las reglas que emanen de tal proceso negociador, constituirán

---

<sup>26</sup> Sobre la distinción entre "fenómeno social" y "fenómeno jurídico", v. BERGEL, *Théorie générale du droit*, DALLOZ-PARIS, 1989; p. 165 ss. En concreto, es preciso señalar que si bien todo fenómeno jurídico es un fenómeno social, no todo fenómeno social se convierte en fenómeno jurídico, lo que plantea el complejo problema de descubrir los llamados criterios de juridicidad, cuestión ésta, como hemos visto, de particular importancia en el estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho.

verdaderas normas jurídicas, es decir, derecho positivo vinculante para los singulares individuos afectados, que devendrán así directamente obligados, sin necesidad del concurso de una específica manifestación de voluntad al respecto.

De este modo se soslayaría el inconveniente que suponía la desvinculación entre proceso productivo originario y norma emanada que, según se ha visto, resultaba inevitable desde la perspectiva normativista<sup>27</sup>. Antes al contrario, negociación y convenio forman un todo indisoluble, como corresponde a una visión integrada del fenómeno de la creación jurídica, donde, por otro lado, deben quedar explícitas las relaciones de fuerza concurrentes. En definitiva, si se considera posible la existencia de normas extraestatales, no habrá ningún obstáculo para entender que la extraestatalidad se extiende tanto al proceso creativo (actividad) como, necesariamente, al producto creado (norma). La integración de ambos momentos en el sistema jurídico no parece cuestionable, al formar una inescindible relación causa-efecto. De este modo, la negociación colectiva, como manifestación de un poder social organizado constituía un verdadero "hecho jurídico" con capacidad ordenadora y, por ello, una fuente del derecho en sentido propio.

Llegados a este punto, y sin perjuicio de la indudable capacidad explicativa que caracteriza a las tesis pluralistas<sup>28</sup>, es preciso poner de relieve, sin embargo, las

---

<sup>27</sup> Como brillantemente señala SINZHEIMER ("La théorie des sources...", cit., p. 73 ss.), los resultados que se producirían bajo esta, aparentemente tibia, intervención estatal serán realmente nefastos, al significar, en definitiva, la desnaturalización del producto de la negociación colectiva de esta forma emanado: "Así, sin modificación intrínseca, los convenios colectivos han cambiado de naturaleza, sin embargo, puesto que las fuerzas libres, que le servían de fundamento, han desaparecido. Este destino del derecho colectivo constituye un ejemplo hiriente de absorción total de una formación de derecho no estatal por el derecho estatal" (p. 77).

<sup>28</sup> En este sentido, CARNELUTTI (Teoría general... cit., p. 82-83) califica el pluralismo jurídico como "un descubrimiento precioso que ha permitido conocer a fondo el conjunto de la producción jurídica" y, sobre todo, "comprender cómo la producción del derecho no surge toda en régimen de soberanía, sino también, en gran parte, en un régimen distinto que es preciso explicar". Como el mismo GIUGNI reconoce (op. cit., p. 17-18), la principal virtud de la teoría pluralista fue la de proporcionar un mejor entendimiento de los elementos que componen la dinámica organizativa del cuerpo social, poniendo de relieve, así, su originalidad respecto del ordenamiento estatal. Ello ha contribuido a una mejor

insuficiencias en las que incurren las soluciones aportadas en clave ordinamentalista en relación con el fenómeno de la creación jurídica dentro de un sistema jurídico necesariamente unitario y, por definición, integrado<sup>29</sup>.

Es cierto que esta perspectiva favorece la identificación de las relaciones de poder concurrentes, así como la relevancia social tanto del proceso dialéctico en el que se dirime el conflicto subyacente, como del producto resultante de la composición de sus respectivos intereses<sup>30</sup>. Pero la constatación de estas realidades, si bien es imprescindible para dar fe de la existencia de un fenómeno social relevante, no es suficiente para efectuar un análisis jurídico<sup>31</sup>. Es preciso operar en términos jurídicos, es decir, convertir esa relevancia social en relevancia jurídica<sup>32</sup>, y para ello deben utilizarse determinados

---

comprensión "de los puntos de tangencia y compenetración entre estas estructuras y las estatales". En conclusión, "la teoría pluralista, asimila, pues, en su particular fisonomía metodológica, el instrumento cognoscitivo que permite acercarse con mayor seguridad para llegar al fondo de la fisonomía real de estos fenómenos: es el criterio, en fin, que permite individualizar los términos de aquella disociación entre función jurídica y función económico social de los institutos".

<sup>29</sup> Una lúcida crítica al respecto en, GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 103. Para este autor, las tesis sociologistas (fundamentalmente, las de GURVITCH, DUGUIT y HAURIOU), "al crear un derecho social, al frente o al lado del derecho positivo, dándole un fundamento propio y distinto del de éste, rompe la unidad esencial del concepto de derecho, y esta ruptura, si bien se examina, es la confesión implícita del fracaso de la teoría para explicar la complejidad de la actividad jurídica contemporánea".

<sup>30</sup> En donde la negociación colectiva aparece indisolublemente unida a los mecanismos de autotutela (v. *infra*), como corresponde a un proceso integrado de composición de los intereses en conflicto.

<sup>31</sup> Señaladamente, nos proporcionará una información inestimable acerca de las relaciones de poder existentes, es decir, la fuerza negociadora con que cuenta cada grupo social interviniente (empresarios y trabajadores), para lo cual habrá que disponer de toda una serie de datos relevantes al efecto, tales como el grado y forma de organización de los sujetos negociadores (sindicatos y asociaciones), el número de afiliados, su influencia en sus respectivos ámbitos, sus relaciones con el Estado, su capacidad para vincularse mediante acuerdos y para adoptar medidas de autotutela, ...etc. Ilustrativo al respecto, resulta los trabajos comparativos de HUGH CLEGG: El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva, MTSS-MADRID, 1985; y, más recientemente, de POOLE: Relaciones industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional, MTSS-MADRID, 1993.

<sup>32</sup> No olvidemos la diferencia expuesta entre "fenómeno social" y "fenómeno jurídico". En este sentido, para operar jurídicamente es necesario trasladar todos esos datos al sistema jurídico, único lugar donde encontrará el marco adecuado para su tratamiento contextualizado, es decir, en relación recíproca con el resto de los elementos y estructuras jurídicas. Esta traslación se produce mediante su categorización como fuente del derecho, es decir, como forma

criterios de juridicidad elaborados desde perspectivas estrictamente científico-jurídicas<sup>33</sup>. Su consideración como fuente de producción normativa en el conjunto de un sistema jurídico pluralista, por tanto, exige una fase de elaboración dogmática que discurre paralela al proceso de integración en el sistema jurídico. El concepto de fuente, teniendo ese carácter instrumental, habría servido al efecto. Pero su desarrollo constructivo requiere unos presupuestos metodológicos que no pueden ser proporcionados desde perspectivas estrictamente sociologistas, ancladas en el mero dato fáctico<sup>34</sup>. La consideración de la negociación colectiva como fuente de producción normativa requiere una cierta categorización jurídica de todos los elementos "reales" relevantes al efecto. La aprehensión de estos elementos, no obstante, ya es propiamente jurídica. En necesario, por tanto, trazar conexiones argumentales entre la realidad y el derecho, para lo cual son necesarios conceptos que nos sirvan de puente entre una y otra esfera<sup>35</sup>.

#### El reconocimiento de un ordenamiento colectivo

---

específica de producción normativa. Por tanto, la posición que ocupe en aquel marco estará determinada por esta calificación, y sólo en la medida en que ésta se haya producido, el sistema así constituido dispondrá de utilidad explicativa en relación con el originario fenómeno social, ahora juridificado. Es aquí, precisamente, donde el método sociológico muestra su mayor debilidad, principalmente, por el alto grado de relativismo que introduce en el análisis.

<sup>33</sup> Es evidente que "para penetrar en el derecho, los hechos tienen necesidad de ser 'conceptualizados', es decir ser sometidos a un tratamiento intelectual particular que despeje su significación jurídica para así conectarlos determinados efectos (...). Desde luego, la formación del derecho es una obra de mucho trabajo. Resulta que la proyección de los hechos sobre la escena jurídica es ineluctablemente ralentizada, reflexionada, y a veces deformada" (BERGEL, op. cit. p. 156-157).

<sup>34</sup> Como consecuencia de ello, la negociación colectiva como actividad, produciría "decisiones" que concurrirían con otras de diferente índole y procedencia. Su ordenación tipológica en función de los sujetos intervinientes, bien sea de forma explícita o implícita, sin menoscabo de utilidad práctica, muestra, a todas luces, sus insuficiencias para las teorizaciones científico-jurídicas, a las que sólo aportaría "el dato bruto de la experiencia". (La expresión es de BADENES GASSET, op. cit., p. 205). Sobre una "teoría de la decisión jurídica" realizada en clave sociológico-jurídica, v. ROBLES: op. cit., p. 63 ss.).

<sup>35</sup> Como se ha dicho, el sociologismo adolecía de un inconveniente insuperable: la confusión entre el plano fáctico y el jurídico, o, en otras palabras, la conversión del derecho en un hecho social más. Ello lo incapacitaba para advertir que la negociación colectiva, como hecho social relevante, necesitaba ser sometida al correspondiente proceso de juridificación, imprescindible para pasar de ser un "poder social" a una "fuente del derecho".

extraestatal o "intersindical"<sup>36</sup>, sin perjuicio de su importancia como teoría<sup>37</sup>, no es, por tanto, la solución, pues supone una renuncia apriorística a esa tarea integradora<sup>38</sup> que, sin embargo, se muestra ineludible<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Esta expresión, acuñada por GIUGNI (op cit., *passim.*), representó la culminación del proceso constructivo llevado a cabo por el autor en su intento de encontrar una explicación satisfactoria a la integración jurídica del fenómeno negocial que, en última instancia, se concretaba en la consideración de la negociación colectiva como un ordenamiento jurídico originario en relación con el estatal. En efecto, la configuración de las relaciones industriales como un sistema de organización social, fruto de las, por entonces (años 60) pujantes, concepciones sistémicas socio-jurídicas, inspiradas en pragmatismo angloamericano (PARSONS, DUNLOP, FLANDERS) y en el pluralismo jurídico de SANTI ROMANO, tuvo un caldo de cultivo propicio en la experiencia italiana, donde la reacción postcorporativista, claramente antiestatista, buscó en el derecho privado el refugio propicio para las elaboraciones teóricas. Como señala el propio GIUGNI (op. cit., p. 97 ss.), tanto las respuestas ordinamentalistas, como las estrictamente privatistas (convenio como contrato normativo), fueron el resultado de la búsqueda de un contrapunto a los excesos "publicadores" experimentados en el período corporativo. En este mismo sentido, VARDARO (op. cit., p. 53 ss.), que apunta cómo "la calificación privatista del convenio colectivo conservará de hecho en la doctrina iuslaboralista italiana una connotación persistentemente voluntarista y una marcada implicación naturalística-preestatal" (p. 55). Pero acudir al derecho privado para fundamentar la originaria extraestatalidad del fenómeno colectivo no deja de ser una paradoja, pues sus términos son difícilmente reconciliables. La renuncia apriorística de GIUGNI (op. cit., p. 20) a "proponer soluciones en términos de sistema", aduciendo la (evidente) falta de estabilidad que caracteriza a la materia objeto de estudio, es una muestra significativa de las dificultades explicativas de la tesis ordinamentalista.

<sup>37</sup> Como señala LIEBMAN (Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano, GIUFFRÈ-MILANO, 1986; p. 86), esta teoría constituye "la intuición más fecunda de resultados de todo el panorama de la doctrina iuslaboralista italiana postcorporativa". VARDARO, Contrattazione... cit., p. 96 ss., destaca, entre las ventajas de esta teoría, su capacidad para explicar la conexión existente entre negociación colectiva y autotutela. En general, la teoría de GIUGNI tiene como principal virtualidad, su capacidad para la apertura de nuevas vías a la comprensión del fenómeno colectivo en sí mismo considerado y en su relación con el poder del estado. Su valoración, por tanto, debe hacerse desde el punto de vista metodológico. Como reconocería el propio GIUGNI ("Il diritto sindacale e suoi interlocutori", en Lavoro legge contratti, cit., p. 205), "la teoría del ordenamiento intersindical ha sido elaborada con la intención específica de ampliar el campo de investigación más allá de los límites de la metodología civilista". De este modo, la legislación de "sostegno", se explicaría como "expresión de un nuevo modo de relacionarse del ordenamiento jurídico estatal con el intersindical, diferente de las técnicas codificadoras de la tradición civilista" (VARDARO, op. ult. cit., p. 97).

<sup>38</sup> Una vez constatado de que se trata de realidades diferentes. En este sentido, GIUGNI (op. cit., p. 87), destacando la imposibilidad de efectuar comparaciones entre términos no homogéneos, reconduce la distinción entre norma y hecho "a la discordancia entre norma de un ordenamiento y norma de otro ordenamiento", lo que, en definitiva, supone, sin embargo, la no superación del confusiónismo típico del sociologismo entre hecho y derecho.

<sup>39</sup> Para GIUGNI (op. cit., p. 68 ss.), defendiendo el carácter originario del ordenamiento intersindical, considera que la inevitable integración en el ordenamiento estatal se produce en el momento de la interpretación y aplicación judicial, es decir, utilizando el esquema teórico kelseniano, "por la base de la pirámide de las fuentes". Hasta entonces, ambos ordenamientos se mantenían, desde su origen, independientes. Sin embargo, su confluencia era inevitable si se partía del presupuesto de la unidad final de lo jurídico. Como reconoce el propio GIUGNI (op. cit., p. 69), "la afirmación de la multiplicidad de los ordenamientos responde a una exigencia de orden analítico, para la disección, a través del empleo de rigurosos canones metodológicos, de una realidad, que, en su profunda

Sin embargo, la solución ordinamentalista no debe ser la consecuencia obligada de una concepción pluralista del fenómeno de producción normativa<sup>40</sup>. La existencia de una esfera de autonormación no necesita como presupuesto, ni tiene como consecuencia, la creación de un ordenamiento al margen del estatal, máxime si, a la postre, la necesaria conexión entre uno y otro no puede eludir la integración, vía recepción, del extraestatal en el estatal<sup>41</sup>. Desde una

---

esencia es, sin embargo, una realidad unitaria". Como vemos, son los cánones metodológicos formalistas los que, por inadecuados, le empujan a buscar en las tesis ordinalistas, la caracterización originariamente autónoma, desligada del derecho estatal, de la negociación colectiva. Otro intento en este sentido es el representado por ALIPRANTIS (op. cit., p. 13 ss.) que, partiendo desde premisas pluralistas, considera que el sistema de negociación colectiva constituye propiamente un ordenamiento ("orden socio-profesional" que es construido, no obstante, con los mismos parámetros estructurales que KELSEN utiliza para el estatal, ib., p. 19-20). Entendiendo como inevitable su integración en el ordenamiento estatal, adopta el mecanismo de la recepción para reconducir el producto colectivo a la pirámide kelseniana (op. cit., p. 27 ss.), único modo que éste tiene para devenir norma jurídica (op. cit., p. 36 ss). Esta tesis, sin embargo, no es convincente pues adolece de algunas incongruencias teóricas, tanto en sus principios como en sus consecuencias. Las primeras son de índole metodológico, ya que abusa de forma evidente del sincretismo de métodos dispares, al mezclar las tesis pluralistas de SANTI ROMANO, basadas en el reconocimiento de diversos ordenamientos jurídicos, con las monistas de KELSEN, que tenían como referente un único ordenamiento jurídico (la negación de este monismo por ALIPRANTIS (op. cit., p. 16-17) basándose en el reconocimiento por KELSEN de otros ordenamientos no estatales, carece de fundamento pues se refiere exclusivamente a ordenamientos no coexistentes con el estatal, bien en el tiempo -ordenamientos primitivos-, bien en el espacio -ordenamiento internacional-, siendo, además, la existencia de un derecho exclusivamente estatal la razón misma de la armonía su sistema piramidal. Por otra parte, ALIPRANTIS, a pesar de desechar la teoría de la delegación (op. cit., p. 32 ss.) (única posible, sin embargo, partiendo, como él hace, desde perspectivas normativistas, op. cit., p. 13), no supera el inconveniente que supone, para las posiciones ordinalistas, el hecho de que se tenga que producir un acto del Estado, el reconocimiento (la recepción) del ordenamiento autónomo, que es en sí mismo un acto de creación jurídica que, por ello, neutraliza toda autonomía creativa originaria. En efecto, como señala el propio GIUGNI (op. cit., p. 61-62), "en el momento en que el Estado "constata" una fuente primaria, se está ya fuera de la hipótesis pluralista", ya que "el reconocimiento estatal produce, ipso facto, el paso de una condición "iure proprio" a una condición jurídica nueva, que puede invertir en parte o totalmente la vida de la institución, puede conferir a ésta márgenes más o menos vastos de autonomía, pero no es ya la condición originaria".

<sup>40</sup> En este sentido, VARDARO, *Contrattazione...* cit., p. 106. Este autor propondrá una solución al problema de la integración del ordenamiento intersindical y estatal basada en la teoría de los sistemas de PARSONS y LUHMANN (p. 108 ss.).

<sup>41</sup> Para GIUGNI (op. cit., p. 116)) era la capacidad de poder darse normas destinadas a regular la producción normativa lo que caracterizaba al ordenamiento intersindical como ordenamiento autónomo. Sin embargo, aunque ello sea un dato para poner de manifiesto la originaria extraestatalidad de la negociación colectiva como forma de producción jurídica, el hecho de que, a la postre, todas las normas, autónomas o heterónomas, hayan de ser aplicadas de forma unitaria, como reconoce el propio GIUGNI (op. cit., p. 64), hace superfluo el esfuerzo teórico de construir un ordenamiento paralelo que después necesita ser integrado en el estatal (Cfr., en sentido crítico, GHEZZI: "Osservazioni sul metodo..." cit., p. 417-419). Un claro ejemplo de estas dificultades de integración entre ambos ordenamientos, la encontramos en el ensayo en clave sistémica llevado a cabo por VARDARO (v. *Contrattazione...* cit., esp., p. 110 ss.). Desde una concepción



concepción integrada del derecho<sup>42</sup>, el problema se resolvería con la simple constatación de diferentes centros de producción normativa (fuentes de derecho objetivo) dentro de un único ordenamiento jurídico<sup>43</sup>.

De este modo, la configuración de la negociación colectiva como fuente del derecho pasa por la incardinación de esta forma de producción jurídica dentro del sistema jurídico<sup>44</sup>, es decir, dentro de un ordenamiento que se

---

unitaria del derecho es irrelevante, para el reconocimiento de la capacidad autonormativa de los sujetos sociales, el hecho de que las normas sobre la producción jurídica sean o no autónomas. Por tanto, no hay que buscar un "sistema autosuficiente de normas sobre la producción jurídica" (GIUGNI, op. cit., p. 48, consideraba este dato como decisivo al respecto) para fundamentar esa capacidad, pues dicho fundamento no pasa necesariamente por la creación de un ordenamiento autónomo ("intersindical"). Lo importante será que, en uno y otro caso, la creación y aplicación del derecho se corresponda con la distribución de poderes normativos establecida por la norma fundamental, para lo cual no se necesita recurrir a las tesis ordinamentalistas, a pesar de su indudable rendimiento en términos de comprensión teórica de las relaciones entre poder estatal y poder social. Sería suficiente con el entendimiento de la organización de las fuentes del derecho desde una perspectiva metodológica adecuada (v. *infra*), es decir, con capacidad para tener en cuenta que dicha organización "significa al mismo tiempo unidad y distinción" (GHEZZI, art. ult. cit., p. 432).

<sup>42</sup> Lo que no quiere decir que haya que recurrir a los rígidos esquemas de la teoría pura (cfr. ALIPRANTIS, op. cit., p. 18: "nuestra posición se pretende una tesis de la teoría pura del derecho"), incapaces, por su consustancial monismo, de concebir una creación jurídica extraestatal. No en vano, la tesis ordinamentalista es incompatible con el formalismo jurídico. En efecto, si se parte de la base de que para KELSEN sólo puede concebirse un único ordenamiento jurídico dentro del Estado: el estatal. La alusión de KELSEN a la existencia de otros ordenamientos, señaladamente, ordenamientos primitivos y al internacional, no pone en duda esta conclusión. En el primer caso, porque no existe coincidencia en el tiempo; en el segundo, porque no existe coincidencia en el espacio. Por eso es inconcebible que, en base a la afirmación del reconocimiento por KELSEN de ordenamientos no estatales (los señalados), y negar, en consecuencia, el monismo immanente a su teoría, pueda admitirse la incorporación al sistema kelseniano de la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos de SANTI ROMANO (Cfr. ALIPRANTIS, op. cit., p. 16 ss.). Ello supone una evidente abuso del sincretismo metodológico que, a la postre, vicia de raíz toda la construcción teórica a la que sirva de base (v. *infra*).

<sup>43</sup> Por tanto, sin caer en el ordinamentalismo (al que, paradójicamente, si se adscribe ALIPRANTIS, op. cit., p. 17 ss., que construye su tesis a partir del que llama "orden jurídico socio-profesional"), tal operación sólo puede conseguirse, sin embargo, partiendo de perspectivas metodológicas pluralistas (pluralismo de fuentes y no de ordenamientos). En definitiva, como matiza GURVITCH (op. cit.), "Unidad immanente en la variedad, tal es la última palabra de la teoría pluralista de las fuentes del derecho" (p. 151).

<sup>44</sup> Es obvio que, desde el punto de vista metodológico, el problema a resolver no es otro que el restablecimiento de un "sustancial equilibrio" entre "discurso descriptivo" (*sein*) y "discurso preceptivo" (*sollen*). Con esta finalidad, VARDARO (*Contrattazione...cit.*, p. 123 ss.), tratará de superar las insuficiencias de las tesis ordinamentalistas acudiendo a la teoría de los sistemas de LUHMANN. La principal ventaja de dicho planteamiento era, según el autor, la posibilidad de distinguir, en dos planos diversos, el problema de la relación entre negociación colectiva y legislación y el de la coordinación entre convenio y ley (ib.). Como consecuencia de ello, se podría explicar, en relación con la experiencia italiana, la superación de la tradicional "terzietà" del Estado en las relaciones industriales. Sólo así, por otra parte, se cumpliría el

concibe como un todo unitario e inescindible<sup>45</sup>. Para ello, es preciso integrar en dicho sistema a todos aquellos elementos relevantes para su caracterización como fuente del derecho, empezando, necesariamente, por el poder donde encuentra fundamento. En definitiva, el sometimiento del poder social al correspondiente proceso de juridificación deviene ineludible para la comprensión sistemática del fenómeno de producción de normas convencionales.

Ello significa, en primer lugar, que la relevancia fáctica del poder social puede ser de diversa intensidad y no tiene porqué guardar una proporcionalidad directa con la relevancia jurídica que, eventualmente, pudiera llegar a alcanzar como fuente. No en vano, se ha puesto de manifiesto que el proceso de juridificación se caracteriza por ser un proceso "intervenido", en el que confluyen factores de índole valorativa que modulan, a la baja o al alza, aquella intensidad originaria<sup>46</sup>. Esta intervención está, en última instancia, instrumentalizada en la ley, cuya misión es hacer efectivo el equilibrio que, en cada momento, se deduce del sistema de valores<sup>47</sup>. Pero, en todo caso, el poder social, como dato fáctico originario debe ser advertido y valorado, siendo imprescindible su incorporación al análisis jurídico<sup>48</sup>.

---

presupuesto básico para la solución del problema fundamental que el estudio teórico del fenómeno nos plantea: la correcta conexión entre "racionalidad material" y "racionalidad formal" del convenio colectivo (op. cit., p. 129).

<sup>45</sup> Sobre los rasgos que definen al sistema jurídico, v. ut supra, Cap. I.

<sup>46</sup> Por ello, aquella trasposición del dato fáctico en la realidad jurídica no es automática. En efecto, al tratarse de un proceso "intervenido", el conjunto de fines y valores superiores del ordenamiento condiciona dicho proceso, modulando en mayor o menor medida la intensidad real de los poderes con vocación normativa, lo que, en definitiva, trae como resultado evidente que la realidad jurídica no sea una copia literal de la realidad social. El problema está entonces en cómo se produce esta modulación, bajo qué título legitimador y quién es el encargado de realizarla, así como los límites en que eventualmente debe quedar enmarcada esta tarea.

<sup>47</sup> En relación con el poder social, hay que constatar que, las leyes pueden, en ocasiones, apoyarlo, restringirlo e, incluso, crearlo, "pero las leyes no son la principal fuente de poder en la sociedad" (KANH-FREUND, op. cit., p. 15).

<sup>48</sup> En este sentido, GIUGNI, op. últ. cit., p. 15.; RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 191.

### 2.3.- El principio de autonomía colectiva como representación del poder social juridificado.

El proceso de juridificación del poder social se va a materializar en el principio de autonomía colectiva que, de este modo, se configura como fundamento directo, ya jurídico, de la actividad de producción normativa en que consiste la negociación colectiva. La autonomía colectiva se erige así como el principio que, condensando poderes que están presentes en la sociedad, cuyos titulares son sujetos representativos de intereses contrapuestos, los traslada al plano del derecho (juridificación), integrándolos ordenadamente en su organización<sup>49</sup>.

De ahí la improcedencia de las construcciones dogmáticas que, asimilando autonomía colectiva y autonomía individual, acaban configurando a la autonomía colectiva como una vertiente cualificada (specie) dentro del concepto, más general, de autonomía privada (genus)<sup>50</sup>. Este tipo de construcciones, partiendo de la tradicional dicotomía Estado/individuo, son fruto de los intentos de reconducir todo fenómeno nuevo a unos moldes preconcebidos e inamovibles. Por ello, aunque justificadas desde las premisas

---

<sup>49</sup> En este sentido, v. JEAMMAUD, "Legislación y realidad de la negociación. Apuntes para el análisis de sus relaciones" en La negociación colectiva en América Latina, IERI/TROTTA, 1993, p. 15 ss.; esp., p. 21.

<sup>50</sup> Por todos, SANTORO-PASSARELLI, "Autonomia collettiva...cit., p. 439. La cualificación de la autonomía colectiva respecto de la individual vendría dada, precisamente, por el diferente interés perseguido en uno y otro caso que, de este modo, se erige en parámetro de la articulación gradual de las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual y, por extensión, entre éstas y la ley. Sin embargo, la complejidad de las relaciones sociales en la actualidad ha limitado bastante el alcance del concepto de interés en la construcción dogmática (sobre el tema, v. SIMI Il contratto collettivo di lavoro, CEDAM-PADOVA, 1980; p. 15 ss.; PERSIANI: Saggio sull'autonomia privata collettiva, CEDAM-PADOVA, 1972; p. 22 ss.). En efecto, concebido tradicionalmente como dato básico para configurar la posición relativa de la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico, plantea insuperables problemas en la actualidad, a la vista de la paulatina fragmentación de intereses que se percibe hoy día en la "clase" trabajadora. En efecto, la heterogeneidad funcional que ha introducido la innovación tecnológica hace difícil aislar un interés específico en torno al cual se agruparía una colectividad ("categoría" en sentido ontológico) que, una vez organizada (sindicato) estuviese en disposición de desplegar un poder autónomo (autonomía colectiva) concurrente al del Estado y con capacidad de imponerse a los trabajadores individualmente considerados. Desde esta perspectiva, la problemática que suscitaría la oposición autonomía colectiva/autonomía individual (interés colectivo/interés individual) sería insuperable ante la imposibilidad de establecer los respectivos ámbitos de actuación.

metodológicas de las parten, carecen de virtualidad para explicar el significado jurídico de la autonomía colectiva como uno de los principios ordenadores del sistema de fuentes<sup>51</sup>. Antes al contrario, la aludida asimilación desconoce, no sólo el significado del poder social que encarna la autonomía colectiva<sup>52</sup>, sino que acaba negando su originaria extraestatalidad<sup>53</sup>, pues, en definitiva, tanto su propia juridicidad como su posición en el sistema jurídico traería causa directa de un acto formal de reconocimiento y configuración por parte del Estado<sup>54</sup>.

La autonomía colectiva no es autonomía privada. La autonomía colectiva no supone, como la individual, el reconocimiento de un espacio de autorregulación de intereses creado, configurado y amparado por el Estado. Por el contrario, siendo representación de un poder originariamente extraestatal, su posición en el sistema jurídico debe ser coherente con su potencialidad ordenadora de la realidad,

---

<sup>51</sup> Esta evidente conexión es la que soslayan, sin embargo, los enfoques formalistas del problema de la creación jurídica. Ello se debe a que en sus esquemas de análisis no tiene cabida una justa consideración del poder subyacente a cada acto normativo. Sólo en la norma fundamental aparece finalmente, y de forma decisiva, el poder. Ello trae como consecuencia que el fundamento de la "autonomía privada", individual o colectiva, sea necesariamente la norma superior (ley, en todo caso), de la cual el acto normativo "autónomo" es simplemente una mera aplicación (v. KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, cit., p. 142). Sin embargo, el convenio colectivo, como producto final del mencionado proceso de juridificación, no puede tener su fundamento en poder del Estado. En otras palabras, no puede considerarse "como una expresión de la soberanía estatal, pues su dinamismo no arranca del Estado, sino del grupo social autónomo" (GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 125). Por lo tanto, teniendo en cuenta que "con la expresión autonomía colectiva se han entendido a menudo en el debate doctrinal cosas bastante diversas", se hace necesario en primer lugar emprender una reconstrucción, siquiera sea sumaria, de la noción misma (LIEBMAN: "Autonomia collettiva e legge", en Lecture di diritto sindacale, JOVENE-NAPOLI, 1990; p. 49).

<sup>52</sup> Críticamente al respecto, ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía colectiva: concepto, legitimación y eficacia de los acuerdos", en La reforma de la negociación colectiva, cit., p. 52 ss. Como señala este autor, "toda esa construcción dogmática tiene muy poco que ver con el desarrollo histórico de ese fenómeno que llamamos autonomía colectiva" (p. 53). La negociación colectiva, por su parte, "es algo que surge no como un derivado de la autonomía contractual, sino en abierta oposición a ella, y, por el contrario, no en oposición a la normativa estatal reguladora de condiciones de trabajo, pero sí en cambio en oposición a la función de salvaguardia de las reglas del individualismo jurídico cumplida por el Estado" (ib.).

<sup>53</sup> Equívoco que, sin embargo, se desvanecería con sólo "asomarse a las páginas de la historia del movimiento obrero" (ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía...cit., p. 53).

<sup>54</sup> Criticando esta construcción, LEGAZ LACAMBRA, op. cit., p. 354.

labor en la que, como hemos visto, concurre con el Estado. De ahí la necesidad de esta concurrencia funcional sea llevada a la estructura del sistema jurídico.

### 2.3.1.- Autonomía colectiva y soberanía.

Este proceso de integración teórica, hoy plenamente concluido, no ha estado exento de dificultades, habida cuenta de las profundas modificaciones que proyectaba sobre los rígidos esquemas del Estado liberal<sup>55</sup>. En efecto, un ligero recorrido por la teoría del Estado bastaría para comprobar este dato y, asimismo, comprender las pautas que han regido dichas transformaciones<sup>56</sup>. En definitiva, se pondría de manifiesto la incorporación paulatina de unos principios que parecían socavar los fundamentos estructurales de aquel modelo de Estado<sup>57</sup>. Pero en el fondo, de lo que se trataba era de una evolución del propio concepto de derecho, es decir, de una nueva dimensión de lo jurídico, acorde con la evolución de las relaciones entre Estado y Sociedad, cuya culminación viene representada por lo que se conoce en ciencia política como "democracia social"<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> En este sentido, RUSCIANO (op. cit., p. 52), que conecta esta postura metodológica con el "agnosticismo típico del Estado liberal respecto al conflicto industrial".

<sup>56</sup> Sobre la estrecha relación existente entre sistema de fuentes y forma de estado y de gobierno, v. PIZZORUSSO: "Sistema delle fonti e forma di stato e di governo" en QC-2/86, p. 217 ss.

<sup>57</sup> En concreto, la superación del dualismo Sociedad-Estado constituye uno de los aspectos más relevantes de la mencionada evolución. En efecto como señala FORSTHOFF, "la consideración de tal dualismo se halla vinculada a la sociedad burguesa del siglo XIX, y ... se trata de algo caduco que está justificado sólo en cuanto que toma en cuenta que ya no se trata de la sociedad burguesa sino de la sociedad industrial basada en la técnica. No se trata ya sólo de la libertad, sino del entorno humano y, en último lugar, del hombre mismo" (cit. en SÁNCHEZ FERRIZ, Introducción al Estado constitucional, ARIEL-BARCELONA, 1993; p. 145). Como señala MENGONI ("Il contratto collettivo..." cit., p. 254-255), el legislador de aquella época "ligado a la ideología del Estado Liberal, que distinguía netamente la esfera política de la esfera social, no estaba aún dispuesto a reconocer al convenio colectivo una eficacia análoga a la de la ley, es decir, a reconocer a los grupos privados, que nacen y viven en la sociedad civil, una competencia normativa concurrente con la del Estado".

<sup>58</sup> Como señala HERNÁNDEZ GIL (Conceptos jurídicos... cit., p. 484), "de igual modo que hace más de un siglo se democratizó el liberalismo, después se ha socializado la democracia". Para este autor (ib.), la Constitución Española es, precisamente, un ejemplo paradigmático de este hecho (v. infra).

Como es sabido, el punto álgido de dicha evolución ha estado representado por la formulación del Estado Social de Derecho, hoy día discutido y, según los teóricos del neoliberalismo, en una crisis definitiva. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el significado de las transformaciones que ha experimentado el Estado y el Derecho, a raíz de la introducción de los principios que inspiran el modelo de Estado Social, son difícilmente reversibles<sup>59</sup>.

En lo que aquí interesa, una de las principales consecuencias de la llamada "cláusula del Estado Social"<sup>60</sup>, es, sin duda, la configuración del pluralismo social como principio constitucional<sup>61</sup>, lo que significa dar carta de naturaleza al protagonismo jurídico-político de los grupos sociales<sup>62</sup> que, de este modo, y de ahí las resistencias señaladas, compiten directamente con el monopolio del aparato

---

<sup>59</sup> A no ser que se pretenda soportar el riesgo de una evidente pérdida de legitimación. No hay que olvidar que la adopción del modelo de Estado Social estuvo motivada por una necesidad de solventar las carencias legitimadoras en las que estaba incurriendo el modelo liberal. Como señala HABERMAS ("Problemas de legitimación...cit., p. 260), "el Estado moderno no podía confiarse en exclusiva a la fuerza integradora de la conciencia nacional, sino que tenía que tratar de hacerse con los conflictos ínsitos en el sistema económico y atraerlos hacia el sistema político en cuanto lucha institucionalizada por la distribución. Allí donde esto se ha logrado, el Estado moderno ha adoptado una de las formas de la democracia de masas del Estado social". En el mismo sentido, GRANDI, art. cit., p. 515.

<sup>60</sup> Un interesante estudio sobre las repercusiones de la "cláusula del Estado Social" sobre el ordenamiento jurídico en PAREJO ALFONSO: Estado Social de Derecho y Administración Pública, CIVITAS-MADRID, 1983; esp. p. 29-91. Asimismo, destacando el significado de su formulación en el contexto histórico-evolutivo del constitucionalismo contemporáneo, v. DE OTTO PARDO, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, ARIEL-BARCELONA, 1987; p. 11 ss.

<sup>61</sup> Sobre el significado del reconocimiento constitucional del pluralismo social y su conexión directa con la crisis del clásico sistema político parlamentario, v. MENGONI: "La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato" en Diritto e valori, cit., p. 177 ss. Para este autor, la consagración de este principio supone un estadio superior en la evolución de las relaciones entre sociedad y Estado.

<sup>62</sup> Lo que constituiría, sin duda, un paso obligado ante los claros síntomas de la crisis del concepto de soberanía, de manera que "el abismo entre la realidad pluralista y la ficción del monopolio del parlamento se hizo palpable" (LOEWENSTEIN: Teoría de la Constitución, ARIEL-BARCELONA, 1986; p. 455). Pero que, en todo caso, no es una "crisis de descomposición, sino de crecimiento" (TARANTINO, op. cit., 96). En el mismo sentido, v. TREVES, op. cit., p. 227. En definitiva, como afirma BOBBIO (Il futuro della democrazia, TORINO, 1984; p. 125 ss.), de lo que se trata es de sustituir la "democracia imaginaria" de Rousseau por la "democracia real" de los grupos sociales organizados. En general, para la comprensión de la problemática suscitada por la irrupción de los grupos sociales, así como sobre sus repercusiones sobre el concepto clásico de soberanía, v. KIRCHHEIMER: En busca de la soberanía, CES-MEXICO, 1945.

estatal fundamentado en el clásico principio de soberanía<sup>63</sup>. De este modo, el principio de pluralismo social se erige en el fundamento directo del reconocimiento de la autonomía colectiva como vía concurrente, y complementaria, al poder estatal (soberanía)<sup>64</sup> en la composición del conflicto social<sup>65</sup>, lo que, sin duda, habrá de provocar una revisión de la teoría de las fuentes<sup>66</sup>. Por otra parte, la autonomía colectiva, como forma privilegiada de realización efectiva del principio de igualdad material, proporciona legitimidad al sistema jurídico en su conjunto y al Estado en tanto que

---

<sup>63</sup> De este modo, la soberanía deja de ser la categoría fundante de la constitución (ZAGREBELSKY: La giustizia costituzionale, BOLOGNA, 1988; p. 26), pasando a ocupar ese lugar los derechos inviolables del hombre reconocidos como "condiciones de posibilidad de la democracia pluralista e institucionalizados como criterios de legitimación del derecho positivo" (MENGONI, "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa", cit., p. 516). Ello no significa, de ningún modo, restar importancia a este concepto en la fundamentación del poder estatal. Sin embargo, siendo ésta su función, la redefinición del concepto de Estado llevada a cabo en el contexto del constitucionalismo moderno, provoca, a su vez, una pérdida del valor que, como dogma supremo, tenía en las teorizaciones clásicas. Como ya apuntaba críticamente DUGUIT (Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état, PARIS, 1927, p. 233 ss.), el concepto de soberanía, como el de autonomía colectiva, es representativo de un poder juridificado, es decir, sometido al derecho como organización global de la sociedad y, por tanto, funcionalizados para la consecución de unos fines superiores. Ello significa que es un poder sometido a límites, es decir, "reglamentado para evitar que constituya un peligro para quien lo debe obedecer" (TARANTINO: La Sovranità. Valori e limiti, GIUFFRÈ-MILANO, 1990; p. 20). Como poder juridificado es el fundamento directo de la ley como fuente del derecho, que, a su vez, es el cauce de expresión de aquel poder, que no es, sin embargo, el único con relevancia jurídica. En efecto, como señala JELLINEK, "el poder soberano no es, pues, todo el poder del Estado, sino que es un poder jurídico y, por consiguiente, está obligado respecto del Derecho" (cit. en SÁNCHEZ FERRIZ: Introducción...cit., p. 226).

<sup>64</sup> En este sentido, ZAGREBELSKY, Manuale...cit., p. 247. Para MENGONI (art. ult. cit., p. 182-183), la autonomía colectiva supone, en el fondo, dar cabida a otros modos de mediación entre sociedad y estado diferentes al tradicional sistema representativo, constituyendo una nueva forma de determinación de la voluntad política "no sustitutiva sino integrativa de los procedimientos previstos en la constitución formal". Destacando, como consecuencia de ello, el carácter concurrencial, pero no sustitutivo, de la negociación colectiva respecto de la ley, v. RAVERAIRA, op. cit., p. 18-19.

<sup>65</sup> MENGONI ("Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti", en Diritto e valori, cit., p. 312).

<sup>66</sup> No en vano, ello conlleva una tarea de integración teórica que requerirá un cierto esfuerzo pero que es, en todo caso, irrenunciable. En este sentido, para PIZZORUSSO (art. ult. cit., p. 234) esta combinación entre el principio de soberanía y el principio pluralista, concretándose en un "reparto del poder normativo", no sólo es perfectamente compatible con el principio democrático, sino que aporta una mayor racionalidad a los ordenamientos regidos por tal combinación. En parecidos términos, LEGAZ LACAMBRA, op. cit., p. 354. En general, la trascendencia del fenómeno ha sido puesta de relieve por la doctrina constitucionalista, pues, como señala CAPOGRASI, "este traspaso de la soberanía del poder parlamentario al cuerpo social es el fenómeno más importante que, en las esferas del derecho constitucional ha acaecido en los últimos tiempos" (cit. en TARANTINO, op. cit., p. 79).

organización política<sup>67</sup>. No hay que olvidar que la participación, clave del pluralismo social, tiene en la autonomía colectiva su expresión juridificada<sup>68</sup>.

El principio de autonomía colectiva se define, pues, por su oposición al de soberanía<sup>69</sup>, lo que, a la postre, será la raíz de la compleja e irresuelta problemática entre ley y negociación colectiva. Sin perjuicio del examen más pormenorizado de esta conflictiva relación llegado el momento, baste ahora con dejar sentado que, en todo caso, hay que partir de la base de que soberanía y autonomía representan centros de poder independientes. Sus relaciones no pueden, por tanto, ordenarse mediante el principio de jerarquía que, necesariamente, presupone la subordinación de uno de ellos (normalmente, el de autonomía), sino en base al principio de complementación recíproca<sup>70</sup>. Para la percepción

---

<sup>67</sup> Como señala SÁNCHEZ FERRIZ (op. cit., p. 229), "toda obediencia requiere tener un sentido, percibir que la dominación es legítima (...). Sólo así podrá hablarse de Constitución democrática o de Constitución en la que todos los que han de regirse participan". De este modo, como apunta FERRARO (op. cit., p. 288-289), "el tema de las relaciones entre ley y autonomía colectiva toca un punto nodal de cualificación de cualquier sistema jurídico: permite definir, no sólo los equilibrios políticos que existen entre los diversos sujetos institucionales (públicos y privados), sino también, y esencialmente, los niveles de democracia y de participación existentes en un determinado orden jurídico y, en consecuencia, el grado de conflictualidad y de integración entre las diversas clases sociales". En definitiva, "la relación entre las dos fuentes refleja un aspecto no secundario del proceso de integración de la clase obrera en la dinámica institucional del Estado burgués".

<sup>68</sup> V., en este sentido, GIUGNI, op. cit., p. 53 ss.

<sup>69</sup> No en vano, la autonomía colectiva supone, en sí misma, una clara restricción a los detentadores del poder estatal. Como señala LOEWENSTEIN (op. cit., p. 423), "los grupos pluralistas son, por lo tanto, barreras y frenos frente al todopoderoso Leviatán". De ahí el rechazo tradicional del poder estatal a la existencia y protagonismo de cualquier organización colectiva intermedia entre Estado e individuo. Así, "la Revolución francesa, que había heredado la hostilidad del ancien régime hacia los corps intermediaires, rechazó los partidos por considerarlos incompatibles con el dogma imperante de la soberanía de la voluntad general" (op. cit., p. 444). En otro contexto histórico, ya más cercano, la experiencia corporativa constituye un claro ejemplo de la ancestral desconfianza estatal a la organización autónoma de sujetos colectivos: sólo se permite su existencia a cambio de su integración/control en el aparato estatal. Por ello, es comprensible que en países como Italia las etapas postcorporativas, el concepto de autonomía colectiva adquiera otras connotaciones y, finalmente, tenga "el mismo valor cultural que el de <<abstención de la ley>>" (WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 52).

<sup>70</sup> Lo que, a su vez, conlleva ciertas limitaciones en el alcance asignado a la propia autonomía colectiva frente al Estado. Como señala GIUGNI (op. cit., p. 53), criticando la solución adoptada por algunos pluralistas (no, SANTI ROMANO), "decir, de hecho que, junto al Estado, puedan existir otros centros de poder organizados, o, si preferimos, otros centros de organización de la producción normativa, y añadir que a estas instituciones no se les pueda negar la calificación de juridicidad, es una conclusión distinta de la de atribuir a



de este hecho es preciso, sin embargo, trasladarse al contexto, más omnicomprendivo, que proporciona la consideración del derecho como organización global del Estado y la Sociedad<sup>71</sup>.

Dicha organización, cuya materialización, por su carácter totalizador, suele estar encarnada en la constitución, viene a representar la confluencia ordenada de todos los elementos configuradores del modelo político-jurídico del que se ha investido la sociedad, precisamente, para organizarse<sup>72</sup>. Dentro de él, los principios de soberanía y de autonomía colectiva, en tanto que poderes juridificados (poder político y poder social), representarían dos procesos paralelos de formalización y manifestación, en clave jurídica, de la composición de voluntades encontradas. Como es obvio, dichos procesos son de distinta naturaleza acorde con la, también diversa, naturaleza de los poderes en liza (económico-social, por una parte, político, por otra). De este modo, cada uno de ellos tiene unos determinados sujetos protagonistas (partidos políticos, por un lado y sindicatos y empresarios, por otro), que, sin embargo, comparten el hecho de defender intereses opuestos; oposición que es, en definitiva, la formalización del conflicto social subyacente<sup>73</sup>.

---

éstas un título de validez para hacerlo valer contra la voluntad del Estado".

<sup>71</sup> Sobre la idoneidad y "utilidad del estudio de las relaciones colectivas de trabajo como clave del análisis de las relaciones entre sociedad civil y política", v. MARIUCCI, *La contrattazione...* cit., p. 12 ss.

<sup>72</sup> Como hemos visto, teniendo en cuenta el teleologismo inherente al propio concepto de organización, "que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes responda a un determinado fin (...), porque en ese significado la palabra Constitución designa algo más que una norma jurídica: la propia organización del Estado obedece a determinados principios, esto es, que responde a una determinada esencia" (DE OTTO, op. cit., p. 12).

<sup>73</sup> Aunque los intereses defendidos en uno y otro caso aparecen entremezclados, a nivel teórico, ha sido posible distinguirlos tradicionalmente por su respectivo alcance: los sujetos políticos defienden intereses generales y los sujetos socioeconómicos, intereses colectivos. Para gran parte de la doctrina aquí se encuentra el fundamento de la superioridad jerárquica de la ley sobre la negociación colectiva, lo que es posible compartir, siempre y cuando la jerarquía se refiera al momento de aplicación de las normas positivas. Como se deduce de lo expuesto, en el momento de creación de las normas no hay propiamente relación de jerarquía, pues las fuentes son autónomas entre sí y ninguna depende de otra para producir derecho (v. *ut supra*, lo dicho sobre las causas de esta confusión, principalmente ligadas, tanto a la influencia de la tesis kelseniana

Por otra parte, es fácilmente perceptible el paralelismo entre los respectivos procedimientos decisionales (los "colectivos" y los estrictamente políticos). En efecto, la ley, fundamentada en el principio de soberanía, también es el resultado de una confluencia de poderes (los representados por cada "fuerza" política), que, a su vez, da lugar a un poder normativo. La única diferencia es que en el caso de la negociación colectiva, dicha contraposición es más "descarnada", es decir, el conflicto, siempre subyacente, aparece menos mediatizado.

En consecuencia, y esto es lo importante, ambas vías confluyen en la "pacificación" social que caracteriza funcionalmente al derecho<sup>74</sup>, de ahí su integración en el sistema jurídico, a pesar de que, en cada caso, la composición del conflicto siga cauces diversos. Lo importante es que, precisamente por esa integración, se trata de procesos preordenados por una misma idea directiva, es decir, jurídicamente orientados a un mismo fin<sup>75</sup>.

Como quiera que la composición puntual del conflicto se materializa en una norma jurídica, autonomía colectiva y soberanía constituyen, en última instancia, el fundamento directo del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. La negociación colectiva y la ley serían, por tanto, los cauces de expresión normativa (fuentes materiales) a través de los cuales, ambos poderes encuentran plasmación positiva en el ordenamiento jurídico (sistema externo).

---

de la creación jurídica, como a la incapacidad del sociologismo de superar esta deficiencia propia del positivismo). En todo caso, esta "teórica" diferencia de alcance no resta un ápice a lo dicho respecto a la mutua relación de independencia constitutiva entre autonomía y soberanía, y ello sin perjuicio de las relaciones de complementación que puedan establecerse.

<sup>74</sup> Como hemos visto, ésta era, sin duda, una de las principales funciones del derecho. Sobre el reparto de poderes que esta función presupone, v. MARIUCCI, op. ult. cit., p. 18.

<sup>75</sup> Que, como hemos visto, se identifica con el concepto de justicia, en el sentido anteriormente expuesto (v. ut supra). Esta dimensión finalista del fenómeno colectivo es destacada por MARIUCCI, (op. cit., p. 18-19), señalando que "ni siquiera al analista más destacado le está de hecho consentido ignorar el conjunto de fines políticos o, en todo caso, de los objetivos no negociales de los cuales las relaciones colectivas están investidas".

El paralelismo que define sus respectivos procesos de integración jurídica no puede resultar alterado, por tanto, como consecuencia de la diferente naturaleza de ambos poderes (socioeconómico, por un lado, y político, por otro), ni tampoco por una eventual jerarquización de los intereses en juego (colectivos/generales). En ambos casos, las diferencias aludidas no constituyen un dato relevante para la definición de la respectiva posición que cada centro de poder ocupa en el sistema jurídico, que, como hemos visto, viene dada por la función que desempeñan en el mismo.

Pero cumpliendo la misma función dentro del sistema jurídico, el hecho de cada uno de ellos responda a realidades fácticas diferentes, no permite que, en aras de su respectiva funcionalidad, se produzcan interferencias entre los respectivos poderes<sup>76</sup>. Por la propia naturaleza del poder, ello significaría la asimilación de uno por otro lo que, en última instancia, reduciría la capacidad del derecho para cumplir con su fin esencial.

En conclusión, el reconocimiento de dos principios como el de autonomía y soberanía representativos de dos relevantes centros de poder, que supone, a la postre, una correlativa distribución de facultades normativas, se efectúa en el nivel más elevado de la organización jurídica. La razón de ser de este reparto, o, en otras palabras, de la incorporación de la autonomía a dicha función tradicionalmente monopolizada por el Estado (e instrumentalizada mediante la ley) en base al principio de soberanía, se debe a dos factores convergentes. Por un lado, uno de orden fáctico, consistente en la constatación de la existencia de grupos sociales que, por su organización, detentan un emergente poder ordenador<sup>77</sup>. Por otro lado, otro de orden ideal (valorativo), concretado

---

<sup>76</sup> Y ello a pesar de que, como señala MARIUCCI (op ult. cit., p. 19), "la influencia históricamente ejercida por la ideología y por la multiplicidad de concepciones políticas de la acción sindical está, seguramente, atenuada, pero eso no significa que el sistema de relaciones colectivas no constituya aún un lugar de competición entre las diversas estrategias referidas a la distribución del poder social y su instrumentalización".

<sup>77</sup> En definitiva, es obvio que la realización del principio pluralista será mucho más completa "cuanto más se encuentre de frente a una sociedad articulada, con una rica vida institucional espontánea" (GIUGNI, op. cit., p. 56).

en la virtualidad compositiva de este tipo de cauces procedimentales para solucionar tan cualificada versión del conflicto global subyacente a la sociedad, como es el conflicto socioeconómico. Ambas razones tienen el peso suficiente como para no pasar desapercibidas por la organización jurídica que, lejos de ignorar este poder, en principio "competidor" al poder soberano del aparato estatal, o de reprimirlo, precisamente por ello, lo integra en sí misma, haciéndolo formar parte de su estructura. De esta forma, soberanía y autonomía acaban configurando la parte más importante y dinámica de la organización jurídica: su sistema de fuentes.

Entre ambas se establece, pues, una especie de equilibrio fluctuante, cuya posición va a depender de la simbiosis entre factores fácticos e ideales antes señalados: concretamente, del poder efectivo que, potencialmente, desarrollen los sujetos sociales, por un lado, y de la aptitud que tengan para encauzar el conflicto social. Lo primero, va a depender de factores originariamente exógenos al derecho, tales como el grado de organización de los grupos o su capacidad de manifestar posiciones de fuerza, entre otros. Lo segundo, ya pertenece al mundo de lo jurídico, en concreto de lo jurídico-valorativo, y será, en última instancia, donde se decida, en virtud del resultado de la valoración efectuada, la modulación, al alza o a la baja, de la posición real de poder que manifieste el examen fáctico aludido<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> En definitiva, como señala MARIUCCI (*La contrattazione...cit.*, p. 14) "negociación colectiva, administración unilateral de las condiciones de trabajo y pactos individuales conviven en un equilibrio variable, amplia línea fluctuante de demarcación sobre la cual influye una multiplicidad de factores socioeconómicos y político-institucionales". En la determinación de dicho equilibrio, hay que tener en cuenta, principalmente, la función de "indirizzo" del Estado, es decir, su protagonismo en la concreción de la orientación global del derecho, así como, sobre el modo en que, en los sistemas democráticos, se lleva a cabo los procesos de formación de la voluntad del Estado y la instrumentalización de la ley para hacerla efectiva.

### 2.3.2.- Los elementos estructurales de la autonomía colectiva.

Caracterizada de este modo la autonomía colectiva, la negociación colectiva, aparece como el cauce por el que finalmente discurre la composición de intereses que precede a la emanación de la norma. Se hace necesario, sin embargo, comprobar qué otros elementos, constitutivamente esenciales, coadyuvan a que la autonomía colectiva merezca la calificación de poder que le hemos otorgado y, respecto del cual, la negociación colectiva no sería nada más que una de sus manifestaciones. En definitiva, es preciso efectuar un análisis del propio concepto de autonomía colectiva considerado en sí mismo. Para ello, seguiremos los imperativos marcados por las pautas metodológicas anteriormente esbozadas. De este modo, una vez perfilada la función que la institución desempeña en el sistema jurídico, el resultado no sólo se proyecta sobre su posición en el mismo, sino también sobre los elementos que componen su estructura interna. Por ello, es preciso seguir teniendo en cuenta las conexiones de sentido que se deducen de dicha función.

Llegados a este punto, un presupuesto se nos muestra insoslayable: los elementos estructurales básicos de la autonomía colectiva, sean los que sean, deben estar esencialmente ordenados de tal manera que otorguen aptitud a la institución para realizar los fines que está llamada a cumplir en el conjunto de la organización jurídica<sup>79</sup>. Si hemos concluido que tal función es la de proporcionar un cauce adecuado para la resolución de conflictos, en un ámbito tan importante de la realidad social como son las relaciones de producción, la institución sólo será útil si muestra capacidad para resolver dicho conflicto. Ello pasa, en primer lugar, por la consecución y mantenimiento de un equilibrio entre las fuerzas concurrentes. Sólo así se podrá hablar con

---

<sup>79</sup> Como señala GENY (Método... p. 611), "no se trata tanto, para el jurista, de saber en qué condiciones precisas se verifica el encuentro de voluntades metafísicamente incontestable, como en qué circunstancias generales la unión de las voliciones parece suficiente para merecer su consagración" (p. 611).

propiedad de un centro de poder propiamente dicho, y, consecuentemente, sólo así encontrará fundamento la negociación colectiva como fuente de producción normativa.

En efecto, cuando hemos conectado autonomía colectiva con poder (poder juridificado, fundamento de la negociación colectiva como fuente), hemos eludido la aclaración (por otra parte, obvia) de que el poder al que se hace referencia, lo es sólo en sentido sintético, es decir, resultado de la oposición dialéctica de dos poderes antitéticos: el de los sujetos sociales y el de los sujetos económicos. El hecho de que confluyan de forma irremisible, único modo de que encuentren significado en sí mismos, no debe llevarnos a obviar este dato, pues de él se derivan importantes repercusiones teóricas y prácticas.

Entre ellas, la más importante es la que se deriva de la diversa configuración de los poderes en liza. Como se sabe, el poder de los empresarios, o poder económico, por su esencia, es un poder per se<sup>80</sup>, es decir, se basa en la superioridad de la posición del sujeto en las relaciones de producción<sup>81</sup>. Apenas necesita complemento alguno, sea de procedencia autónoma (autoorganización) o heterónoma (legislación de apoyo)<sup>82</sup>. El poder de los trabajadores, sin embargo, para ser tal poder, necesita de la concurrencia de determinados presupuestos constitutivos, principalmente de índole organizativa, que, eventualmente, necesitarán el apoyo

---

<sup>80</sup> De ahí que el derecho a la negociación colectiva, siendo en última instancia una limitación de ese poder, aparezca históricamente como una conquista de los trabajadores frente a los empresarios y frente al Estado (ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía...cit., p. 57-58) y, precisamente por ello, sólo en relación con éstos tiene sentido su configuración como derecho.

<sup>81</sup> KANH-FREUND, op. cit., p. 52. En este sentido, el Estado podrá intervernir, incluso, modulando a la baja un eventual sobredimensionamiento fáctico del poder empresarial, si así lo demanda el efectivo desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo. Así, sobre la necesaria limitación por el Estado del poder político de las grandes empresas, v. MENGONI: "Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa" en Diritto e valori, cit., p. 335 ss. (esp. p. 342-345).

<sup>82</sup> Como señala, a modo de máxima, MARIUCCI (op. cit., p. 24), "el empresario es, de por sí, una coalición".

del legislador<sup>83</sup>. No en vano, estamos propiamente ante un sujeto colectivo<sup>84</sup>.

Únicamente cuando se produzca la concurrencia de tales presupuestos, habrá garantías sobre la existencia de dos poderes contrapuestos (social y económico)<sup>85</sup> y, por tanto, sólo entonces la autonomía colectiva será representativa de un verdadero poder con vocación normativa (potencialmente encauzada mediante la negociación colectiva), ya que sólo así cumplirá, en última instancia su función en el contexto de la organización jurídica, no otra que la composición autónoma del conflicto social. Por el contrario, cuando esto no ocurra, es decir, cuando no se garantice, por las razones que sean, la concurrencia de aquellos presupuestos (por ejemplo, inexistencia de organización<sup>86</sup>) no habrá un poder efectivo del lado de los trabajadores y, por tanto, no podremos hablar

---

<sup>83</sup> En este sentido, MENGONI, "Recenti mutamenti...cit.", p. 356, en relación con la necesaria apertura de cauces de participación de los trabajadores en la empresa, no duda en que es competencia del Estado "favorecer con una adecuada instrumentalización jurídica el desarrollo y la organización del esta colectividad en forma de poderes de equilibrio capaces de condicionar las decisiones de la empresa". Todo ello, claro está, forma parte de un marco global donde la intervención estatal se erige en correctora de los desequilibrios que ocasiona el libre funcionamiento del mercado. No en vano, es ésta una de las funciones principales del derecho (ROBLES, op. cit., p. 169).

<sup>84</sup> KANH-FREUND, op. cit., p. 52. Para este autor, sólo éste sujeto detenta poder en la sociedad. El individuo, por el contrario, "no detenta normalmente poder social alguno, puesto que, en cuanto individuo, sólo muy excepcionalmente posee poder de negociación" (son los casos de "detentadores de funciones de alta independencia" que, a pesar de su creciente importancia relativa en las relaciones de producción, no va a ser un dato relevante para nuestro análisis, encontrando su sede específica en el estudio de las relaciones entre autonomía individual y colectiva). Por ello, "la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno". De esta manera, "el propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo".

<sup>85</sup> No hay que olvidar que, como señala MARIUCCI (*Le fonti...cit.*, p. 11), "sobre el plano individual, o es fuerte el trabajador o no se da el equilibrio negocial porque prevalece el poder del empresario". De esta manera, "es del lado de los trabajadores donde se sitúa el punto decisivo relativo al equilibrio de poderes" (LYON-CAEN, "Critique...cit.", p. 353).

<sup>86</sup> Como señala MARIUCCI (*La contrattazione...cit.*, p. 19), hay que partir del presupuesto de que "un sistema de relaciones industriales existe efectivamente sólo en la medida de que la fuerza de trabajo asuma verdaderamente formas colectivas de expresión". En este sentido se puede afirmar que, con independencia de la forma de organización del poder social, que puede ser de índole asociativa (representación sindical) o electiva (representación unitaria), el dato básico a tener en cuenta es que se trate de un grupo organizado. La simple acumulación de individuos, sin organización alguna, será un simple "agregado" carente de poder (sobre la distinción sociológica entre "grupo" y "agregado", v. ROBLES, op. cit., p. 117 ss.).

de autonomía colectiva, precisamente por el aludido carácter sintético (o dialéctico) del poder que representa, y en consecuencia, habrá desaparecido el fundamento de la negociación colectiva como fuente. Hablar de negociación colectiva en estos casos sería, en estos casos, un ejercicio de puro nominalismo, cuyo resultado no sería otro que enmascarar una evidente imposición de la voluntad de una parte, la que detentara el poder efectivo (la económica, generalmente), sobre la otra<sup>87</sup>.

Por ello, las precisiones que a continuación se hagan en relación a los elementos constitutivos necesariamente concurrentes para que la autonomía colectiva sea representativa de un poder real, van a ir referidos esencialmente al poder social, entendido como el que efectivamente debe ser detentado por los trabajadores para equilibrar sus fuerzas con la parte económica<sup>88</sup>.

En base a los anteriores presupuestos, se puede deducir que los elementos estructurales básicos de la autonomía colectiva, se corresponden con las tres facultades en las que, tradicionalmente, aquélla ha sido desglosada: autoorganización, autotutela y autonormación<sup>89</sup>. El reconocimiento a nivel constitucional del pluralismo social como valor superior, y, consecuentemente, de la autonomía como un principio o subprincipio que lo hace efectivo<sup>90</sup>, ha

---

<sup>87</sup> Precisamente por ello, la función reequilibradora constituye la "función esencial o primaria" del derecho del trabajo, así como el fundamento de la intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo (MARIUCCI, Le fonti... cit., p. 12). En este mismo sentido, se expresa FELLER ("A General Theory of the Collective Bargaining Agreement", CLR-61/73; p. 721), para quien la negociación colectiva representa, en última instancia, una clara limitación al poder de decisión unilateral del empresario.

<sup>88</sup> Se trata, en todo caso, de un "equilibrio dinámico" (GIUGNI, Diritto sindacale, cit., p. 15).

<sup>89</sup> En definitiva, son los llamados por la doctrina alemana "institutos conexos" ("Konnexinstitute"). Sobre el tema, v. VARDARO: Contrattazione..cit., passim.

<sup>90</sup> Como señala LARENZ (op. cit., p. 465 ss.) entre el principio y los subprincipios que lo desarrollan se establece una especie de "proceso circular" o de doble dirección, mediante el cual se produce un intercambio de información entre uno y otros que provoca un "esclarecimiento recíproco", contribuyendo así la formación del sistema y al conocimiento de sus pautas internas. Por eso lo llama "proceso del comprender".



traído como consecuencia la positivación, al mismo nivel, de dichos elementos estructurales, bien como derechos, fundamentales o no, bien como libertades<sup>91</sup>. De este modo, se acaban reconociendo, respectivamente, la libertad sindical, el derecho de huelga y el de negociación colectiva<sup>92</sup>.

Las tres facultades mencionadas están indisolublemente conectadas entre sí<sup>93</sup>, de manera que, representando aspectos parciales de ese poder en que consiste la autonomía colectiva, se complementan en aras de hacerlo efectivo<sup>94</sup>. La facultad de autoorganización, articulada jurídicamente mediante el reconocimiento de la libertad sindical, viene a reforzar la posición del sujeto que, por su naturaleza colectiva, necesita la suficiente cohesión interna como para constituir un verdadero contrapoder social<sup>95</sup> con capacidad negociadora<sup>96</sup>. En definitiva, hay que tener presente que el poder del grupo tiene como presupuesto ineludible su organización<sup>97</sup>. De ello se deduce que una eventual

---

<sup>91</sup> Como veremos, en el plano formal la distinta configuración jurídico-constitucional, estando motivada por razones de diversa índole (v. *infra*) sólo tendrá repercusiones a efectos de tutela.

<sup>92</sup> Así, formulados positivamente, constituirían lo que LARENZ llama "principios en forma de norma jurídica" (op. cit., p. 467 ss.).

<sup>93</sup> Sin ninguna duda se puede decir, que los sistemas nacionales de negociación colectiva, es decir, los distintos modos en los queda configurada jurídicamente en cada ordenamiento esta fuente de producción normativa, van a estar en función del respectivo "modelo sindical". En este sentido, BRETHE, op. cit., p. 186.

<sup>94</sup> En efecto, es evidente que, desde el punto de vista funcional, "las tres instituciones manifiestan la misma tendencia: en reacción contra el individualismo del siglo XIX, trasladan la discusión del régimen de trabajo al ámbito de colectividades organizadas, trabajadores y empresarios" (RIVERO/SAVATIER, op. cit., p. 297).

<sup>95</sup> De este modo, es fácilmente constatable cómo "en todos los países se puede notar la interacción de dos factores predominantes que se refieren, bien a la negociación colectiva, bien a los convenios colectivos: la relevancia social y jurídica del principio de <<libertad de asociación>>; la fuerza y la estructura del movimiento sindical" (WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 56).

<sup>96</sup> Como es lugar común en la doctrina, es obvio que "no se puede desarrollar la negociación sin desarrollar el sindicalismo" (LYON-CAEN, "Critique...cit., p. 355).

<sup>97</sup> GIUGNI, op. cit., p. 13, n. 14; LIEBMAN, "Autonomía colectiva...cit., p. 59 y 118; RAVERAIRA, op. cit., p. 61 ss. De este modo, como señala LYON-CAEN ("Critique...cit., p. 354), es aquí donde se encuentra "el factor por excelencia de desequilibrio".

intervención legal en materia de negociación colectiva debe tener en cuenta, inexcusablemente, la conexión de ésta con la capacidad autoorganizativa de los propios sujetos negociadores<sup>98</sup>. Por su parte, la función negocial, además de ser indicativa de la fuerza de la organización, modula al efecto su propia fisonomía<sup>99</sup>.

La facultad de autotutela (derecho de huelga y a la promoción de conflictos colectivos) viene, principalmente, a confirmar y a apoyar la existencia de un poder organizado<sup>100</sup>. Su conexión con la negociación colectiva se produce, por tanto, a nivel de principio<sup>101</sup>, consituyendo, por ello, un par inescindible de elementos recíprocamente condicionados<sup>102</sup>. La trascendencia de esta conexión en orden a la conceptualización jurídica de la negociación colectiva es evidente. Señaladamente, el reconocimiento del derecho de huelga por el constitucionalismo moderno, va a suponer una revolución en el modo de concebir, a nivel teórico, el papel de la negociación colectiva en el conjunto del ordenamiento, principalmente, en lo que respecta a sus relaciones con el Estado, una vez valorada positivamente la configuración

---

<sup>98</sup> V. infra.

<sup>99</sup> En efecto, un mínimo repaso sobre la evolución histórica de las organizaciones sindicales es suficiente para comprobar la funcionalización de la forma que adoptaban esas organizaciones a los imperativos marcados por una estructura negocial más o menos rígida. En este sentido, y tomando como referencia el ámbito de empresa, v. SÁEZ LARA, Representación y acción sindical en la empresa, MTSS-MADRID, 1992; esp., p. 22 ss. Asimismo, planteando la relación en términos conflictivos, v. TREU, L'organizzazione sindacale, GIUFFRÈ-MILAN, 1970; p. 159 ss. Un estudio comparado de esta dependencia funcional de la organización sindical respecto de las exigencias de la negociación colectiva, en CLEGG, op. cit., passim. En definitiva, con independencia cuál sea el elemento que, en cada caso, ocupe el centro del análisis, se puede afirmar que "entre negociación y organización sindical existe una relación de estrecha conexión e interdependencia: procesos negociales y estructura de representación se condicionan recíprocamente" (MARIUCCI, La contrattazione... cit., p. 20).

<sup>100</sup> No en vano, en una sociedad pluralista, "los grupos de interés son cualificados por su capacidad de generar conflictos" (MENGONI, "Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti", en Diritto e valori, cit., p. 307).

<sup>101</sup> En general, sobre el significado del reconocimiento del derecho de huelga para el proceso de racionalización jurídica de la negociación colectiva, v. VARDARO, Contrattazione... cit., p. 78 ss.

<sup>102</sup> En este sentido hay que entender la concluyente opinión de G. LYON-CAEN ("Critique...cit., p. 353) al afirmar que "no hay negociación sin conflicto, ni conflicto sin negociación". Esta conexión ha sido puesta de manifiesto de forma reiterada por la doctrina y la jurisprudencia (v., en relación con la jurisprudencia alemana, ZACHERT, art. ult. cit., p. 135).

jurídica de una esfera de autonomía no intervenida, sino autotutelada<sup>103</sup>. Por ello, más que una capacidad del sujeto social para sancionar a posteriori eventuales incumplimientos empresariales (y sin menoscabo de esta función)<sup>104</sup>, la autotutela se concreta en la capacidad potencial de una manifestación de fuerza colectiva que, sin necesidad de ser actualizada, denote la existencia de un poder organizado<sup>105</sup>, y, por ende, de una capacidad efectiva para negociar<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> De este modo, el reconocimiento del derecho de huelga ayudó a superar las deficiencias en las que incurrían las tesis contractualistas, al poner en cuestión definitivamente, la certeza jurídica acerca del monopolio sancionador del Estado, y, en consecuencia, la justificación que representaba para el legalismo monista. Como señala al respecto VARDARO (*Contrattazione...cit.*, p. 26) "frente al sistema sancionatorio iusprivatista, el único instrumento para garantizar la aplicación del convenio es la *soziale Execution* y, en primer lugar, la huelga". Por ello, el reconocimiento del derecho de huelga (art. 40 CI) "manifiesta la irreductibilidad de la libertad de negociación colectiva a pura y simple expresión de autonomía privada" (op. ult. cit., p. 75). No hay que olvidar que, para los positivistas, generalmente de formación iuscivilista, sólo importaba el convenio como acto, de manera que no tenían en cuenta las complejas relaciones extraestatales. Ello se debe a que, como apunta CALSAMIGLIA (*Kelsen y...cit.*, p. 187 ss.) "en la teoría kelseniana el problema de la "autonomía de la voluntad" se resuelve por medio de una habilitación de una norma general a los particulares para establecer pactos y condiciones que consideren pertinentes, pero la sanción para el caso de incumplimiento de lo pactado corresponde al estado". De esta manera, las relaciones entre huelga y convenio colectivo pasaban totalmente desapercibidas. Como señala VARDARO (*Contrattazione...cit.*, p. 100-101), "teniendo en cuenta que el ordenamiento estatal atribuía relevancia jurídica sólo al convenio colectivo, de la complejidad del proceso normativo, identificada a nivel intersindical, transpiraba bien poco sobre el plano jurídico; y la misma importantísima percepción de la conexión existente entre huelga y convenio colectivo (...) asumía una relevancia limitada". Por otra parte, hay que tener en cuenta que para ciertos sectores doctrinales iusprivatistas, existe, incluso, una contraposición entre estas dos instituciones. En efecto, siendo ambas manifestaciones del conflicto industrial, una (el convenio) era su versión pacífica y otra (la huelga) su versión violenta. Ilustrativa al respecto, es la opinión de RIPERT (op. cit., p. 110) sobre el reconocimiento del derecho de huelga. Para este autor, "es una obra vana pretender reglamentar legalmente una manifestación de desobediencia. La huelga no tiene sentido más que como la revuelta contra el orden legal. Si es reconocida como un derecho constitucional permite tener en jaque los derechos privados (p. 112)...la contradicción es irremediable".

<sup>104</sup> Es decir, como "sanción social" destinada a garantizar la aplicación de la norma colectiva (VARDARO, "Ordinamento...cit.", p. 44). Incidiendo en su carácter, en todo caso, de sanción no legal, sino basada directamente en la voluntad de los grupos organizados, v. SCIARRA: "Norme <<sociali> e norme <<legali>> nella formalizzazione delle procedure contrattuali" en *Studi in Memoriam* sir Otto Kahn-Freund...cit., p. 235 ss.).

<sup>105</sup> En este sentido se expresan RIVERO/SAVATIER (op. cit., p. 281), poniendo de manifiesto el rol de la huelga tanto en lo que concierne a la apertura de la negociación como a su desarrollo: "efectiva o virtual, le sirve de telón de fondo". De este modo, si, como apunta LYON-CAEN ("Critique...cit.", p. 354), "la amenaza de huelga debe ser intimidante", es obvio que ésta "debe estar desprovista de sus obstáculos que son, por tanto, frenos a un equilibrio de poderes".

<sup>106</sup> Por eso, como señala VARDARO (op. ult. cit., p. 84), "atribuyendo relevancia jurídica no sólo al momento proyectual del proceso contractual, sino también al sancionatorio, el Estado toma en consideración esta última, no sólo en su complejidad fenoménica, sino también en su originaria extraestatalidad". De ahí que, como acto reflejo, muchos pluralistas vieron en la capacidad de

Por último, la facultad de autonormación (negociación colectiva), aún siendo el cauce por el que se autocomponen los conflictos sociales, no puede identificarse con la propia autonomía colectiva<sup>107</sup>. Siendo protagonizados esos conflictos por sujetos colectivos organizados, su solución constituye también una verdadera manifestación de poder<sup>108</sup>. Como consecuencia de tratarse de un poder juridificado, la mencionada autocomposición concluye en una norma<sup>109</sup>, lo que, evidentemente, constata que estamos ante una auténtica fuente del derecho, y ello, a pesar del modo en que se produzca la configuración jurídico-formal de aquella facultad<sup>110</sup>. En definitiva, la negociación colectiva constituye el cauce por el que ese poder juridificado (autonomía colectiva) encuentra expresión normativa<sup>111</sup>.

---

autotutela uno de los elementos claves para consagrar el derecho colectivo un auténtico ordenamiento "intersindical". Como señala GIUGNI (op. cit., p. 119 ss.), "el elemento de poder o de autoridad social que es ley de vida para los grupos económicos", representa uno de los "claros signos de la autonomía originaria" (p. 120), constituyendo, en definitiva, el "fundamental instrumento de garantía social para el ordenamiento intersindical" (p. 128).

<sup>107</sup> Entendida como actividad donde confluyen fuerzas sociales antagónicas (capital y trabajo), que, en ejercicio de su poder autónomo, articulan la composición de un conflicto de intereses, latente o manifiesto, mediante la elaboración de reglas vinculantes. La negociación colectiva, al constituir una actuación de sujetos sociales con potencialidad normadora, debe responder a un poder específico libremente ejercido. El marco en el que se desarrolla este poder es la llamada "autonomía colectiva" que, por ello, es un concepto más amplio que el de negociación colectiva, incluyendo otros aspectos tales como la autotutela y la autoorganización. Ello no obstante, habida cuenta de que todas esas actividades imaginables en que se quedaría desglosada la autonomía colectiva tienen como finalidad última la composición autónoma del conflicto, y ello se lleva a cabo mediante la negociación colectiva, no sería temerario proclamar la centralidad de ésta.

<sup>108</sup> En este sentido, se constata que la negociación colectiva "no es sólo un mecanismo de procedimentalización (rule-making process) sino una relación de poder entre organizaciones" (FLANDERS: "Per una teoria della contrattazione collettiva", EL-68/4; p. 445).

<sup>109</sup> Según hemos visto, ésta constituye la función última de la autonomía colectiva y la finalidad perseguida mediante su integración en la organización jurídica complementando, en dicha función pacificadora, a la soberanía que, por su parte, tiene como objeto la resolución del conflicto político (una de las versiones del conflicto social, en sentido amplio).

<sup>110</sup> V. infra, Cap. III.

<sup>111</sup> Desde una perspectiva funcional, por tanto, "el fenómeno organizativo en todas sus manifestaciones (y no sólo en la asociativa), se reabsorbe también en la función de composición del conflicto colectivo" (GIUGNI, "La funzione giuridica...cit., p. 164-165). Por ello, teniendo en cuenta esta "función institucional" de la negociación colectiva, no dejan de ser chocantes por manifiestamente inadecuadas aquellas teorizaciones que, realizadas en clave privatista, encierran a la autonomía colectiva en el código civil (en este sentido, RAVERAIRA, op. cit., p. 39).

En conclusión, las tres facultades señaladas, si bien referidas a aspectos distintos que se desglosan del principio de autonomía colectiva, no pueden entenderse de forma separada ya que el contenido de cada una de ellas, medido en términos de parcelas de poder, sólo puede ser llenado con el concurso de las demás. Por otra parte, si faltase alguna de ellas, la autonomía colectiva no constituiría un verdadero poder y, por tanto, no serviría de fundamento a la negociación colectiva (que, en su caso, no podría ser llamada "fuente"). Por tanto, uno de los límites insoslayables que tendrá que observar la intervención legal, será, precisamente, la no desvirtuación de cualquiera de dichas facultades, y ello, incluso, cuando sea consecuencia indirecta de una actuación promocional<sup>112</sup>. Antes al contrario, el legislador está llamado a potenciarlas, de manera que esta función promocional es irrenunciable y debe llevarse a efecto en la medida en que sea necesario para mantener el equilibrio de fuerzas antes aludido<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Un ejemplo significativo de intervención legal "desvirtuadora" lo tenemos en la experiencia inglesa de los años 70. En efecto, teniendo en cuenta el peso del poder sindical en este país, el gobierno dictó una serie de medidas legislativas (Industrial Relations Act de 1971), cuyo objeto era degradar la fuerza jurídica vinculante de los convenios colectivos que, sin embargo, no tuvieron ningún efecto práctico. Por ello, en los años 80, con la mayoría conservadora en el poder, se cambió de estrategia y las normas legales se dirigieron ahora a minar directamente el poder negocial de los sindicatos, lo que se consiguió mediante la limitación del ejercicio del derecho de huelga y revocando el apoyo de la ley a la negociación colectiva. (V., in extenso, WEDDERBURN/SCIARRA: "Il contratto collettivo come accordo e come legge. Recenti tendenze neo-contrattualiste e neo.corporative", RDC-89(I); p. 45 ss.; esp., p. 47).

<sup>113</sup> En este sentido, LYON-CAEN, "Critique de la négociation collective", cit., p. 350. Por ello, la compleja integración entre fuente legal y convencional tiene como presupuesto la "valoración normativa" de la negociación colectiva, fenómeno "evidentemente ligado al problema de la posición jurídica del sindicato" (MARIUCCI, La contrattazione... cit., p. 26). En este sentido, MENGONI (art. ult. cit., p. 187). Para este autor, valorando positivamente la necesidad de una "legislazione di sostegno" del sindicato, "un sistema en el cual el conflicto colectivo entre poseedores de los medios de producción y fuerza de trabajo organizada esté institucionalizado como medio de integración y de progreso del orden jurídico, sólo puede funcionar si la relación de fuerza entre las dos partes está suficientemente equilibrada. Si la fuerza de cada una no fueran potencialmente iguales, el conflicto quedaría anulado por la prepotencia de una parte, y, por tanto, no podría ser utilizado por el ordenamiento jurídico para sus objetivos. Tal utilización, de hecho, aprovecha el elemento dinámico constituido por la posibilidad de una confrontación permanente entre los opuestos intereses organizados". De este modo, como apunta SCIARRA ("Norme...cit.", p. 242), son los cambios acaecidos en la organización de la clase trabajadora los que están "en el origen del diverso rol jugado por la ley en un sistema cada vez más descentralizado de negociación colectiva". En general, sobre el decidido empeño promocional del Statuto dei lavoratori italiano mediante la llamada legislazione di sostegno, así como sobre sus repercusiones sobre la relación entre fuentes estatales y colectivas, v. MARIUCCI, Le fonti... cit., p. 36 ss. En todo caso, hay que tener en cuenta que esta redefinición del rol asignado a la ley y a la negociación colectiva tiene siempre como objetivo "encontrar el justo

#### 2.4.- La negociación colectiva como fuente material del derecho.

Identificada la función que desempeña la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico, su ubicación en el sistema de fuentes del mismo no parece que ofrezca mucha dificultad. En efecto, si, desde un punto de vista dinámico, hemos comprobado que su función consiste en servir de puente entre la norma positiva y su origen, desde un punto de vista estático, ello se refleja en su configuración jurídica como fuente material del derecho.

Esta primera fase del proceso de juridificación, desarrollada plenamente en el sistema interno, ha tenido por objeto analizar las conexiones de sentido que unían a la negociación colectiva con el resto del sistema. El resultado de ello ha sido descubrir las claves que informan su fundamentación jurídica y verificar que, concebida como fuente, este fundamento se encontraba en un poder originariamente fáctico pero necesariamente juridificado. En definitiva, si su misión era la de catalizar la trasposición del poder, como dato fáctico, a la norma positiva, como dato jurídico, previamente era preciso la integración del poder en el sistema jurídico.

El principio de autonomía colectiva se ha revelado como representación de esa integración que, esencialmente, supone el sometimiento del poder a los principios y valores superiores rectores del ordenamiento<sup>114</sup>. De esta manera, la trasposición del conjunto de elementos estructurales que componen ese poder fáctico estará mediatizada por el flujo

---

equilibrio entre los dos momentos y garantizar el consenso necesario para que la intervención legislativa se traduzca después en normas sociales aceptables en la concreta gestión de las relaciones de trabajo" (SCIARRA, art. ult. cit., p. 243).

<sup>114</sup> Así, el conocimiento de esta dimensión finalista o "de los valores" es tan esencial que "ni siquiera al analista más destacado le está consentido ignorar el conjunto de los fines políticos o conjunto de objetivos no negociables de los que las relaciones contractuales están investidas" (MARIUCCI, La contrattazione... cit., p. 18).

valorativo que proviene del sistema axiológico. Este sistema, por su parte, situado en la cúspide del sistema jurídico, se caracteriza por conformar un equilibrio dinámico entre los diversos principios y valores<sup>115</sup>, cuyo resultado final se transmite al resto del ordenamiento jurídico. La función de la autonomía colectiva que, por su subordinación al sistema de valores, se configura jurídicamente como un "subprincipio jurídico"<sup>116</sup>, no es otra que la de canalizar el flujo que recibe de la continua recomposición de equilibrios que se produce entre los diversos principios y valores superiores.

Por tanto, dentro de la organización interna del sistema jurídico, la autonomía colectiva se erige como un centro de poder que, como tal, es el resultado de un proceso de juridificación paralelo al sufrido por el Estado. En ambos casos, su integración al sistema jurídico ha supuesto su sometimiento a los principios y valores rectores del ordenamiento, cuya realización es, precisamente, la función que define su respectiva posición en el mismo. De ahí que constituyan el fundamento directo del sistema de fuentes, es decir, del conjunto de cauces de expresión normativa mediante el cual aquellos poderes, ya juridificados, se proyectan sobre el derecho positivo con el objeto de ordenar la realidad conforme a los parámetros que se deducen del equilibrio, siempre inestable, del sistema de valores.

---

<sup>115</sup> Como apunta LARENZ (op. cit., p 467), parafraseando, a CANARIS: "Los principios reciben su peculiar contenido de sentido sólo en una armonía de complementación y restricción recíprocas". De esta manera, se puede concluir que "sólo en su armonía de aclararán el alcance y plena significación de los principios".

<sup>116</sup> La elaboración técnica corresponde a LARENZ, op. cit., p. 466-467. En este sentido, hay que aclarar que entre los principios y los correspondientes subprincipios la relación que se establece no puede basarse en la mera deducción lógica de los segundos respecto de los primeros. Como señala LARENZ (ib.), el principio es, más bien, "la idea directiva", que no podría de otro modo "que aduciendo sus subprincipios jurídicos concretizadores". En conclusión, "el pensamiento no transcurre 'linealmente', sólo en una dirección, sino que es siempre de doble dirección: el principio se aclara por sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con el principio". Por tanto, "la formación del 'sistema interno' se logra mediante un proceso de 'esclarecimiento recíproco', que nosotros hemos calificado de estructura hermenéutica fundamental del 'proceso del comprender' en sentido estricto" (LARENZ, op. cit., p. 467). De este modo, el concepto de autonomía colectiva, como subprincipio, tendría como referente en el sistema interno, al principio de Estado Social y al valor de pluralismo jurídico, que a su vez, encontrarían una cualificada concreción en aquél.

En este esquema, la negociación colectiva aparece, por tanto, directamente vinculada a la autonomía colectiva, de manera que, como cauce de expresión normativa de ese poder, constituye uno de sus elementos estructurales pero, simultáneamente, su virtualidad ordenadora dependerá de cómo hayan quedado integrados jurídicamente los otros elementos en los que se desglosa el mismo (autonormación y autotutela).

En definitiva, la configuración jurídica de la negociación colectiva como fuente material se nos muestra como un concepto dinámico, con capacidad suficiente como para aprehender el fundamento del proceso de creación jurídica que representa<sup>117</sup>. Su proyección sobre el plano positivo (sistema externo), pudiendo adoptar diversas formas<sup>118</sup>, se plasmará, con mayor o menor riqueza tipológica, en el sistema de fuentes formales del derecho<sup>119</sup>. Pero ello corresponde ya a una fase distinta del proceso de juridificación que, por llevarse a cabo en el sistema externo, se ha denominado "formal". En todo caso, sea cual sea el modo en el que, eventualmente, pueda llevarse a cabo una intervención del legislador en el mismo, la posición de la negociación

---

<sup>117</sup> Por otra parte, ello es obvio si tenemos en cuenta que la creación jurídica es una actividad, un "querer", que sólo puede estar representada por un concepto que denote ese dinamismo, y sólo el de "negociación colectiva" cumple ese propósito. En este sentido, VARDARO (op. cit., p. 66), pone en evidencia la insuficiencias explicativas del derecho privado (iuscivilismo), ya que sólo puede referirse al convenio como acto ("voluto"), pero no a la negociación colectiva como actividad ("volere"). En parecidos términos, MARIUCCI, La contrattazione... cit., p. 15-16, que califica este hecho como "la mejor lección de la escuela pluralista"; del mismo modo, en la doctrina francesa, G. LYON-CAEN, "Du rôle...cit., p. 241; ALIPRANTIS, op. cit., p. 7).

<sup>118</sup> Serían las fuentes formales colectivas, entre las cuales podemos distinguir, sin exhaustividad tipológica, el convenio colectivo, el acuerdo de empresa, y en general, cualquier otro tipo que pueda concebirse (v. infra, Cap. IV), y ello, independientemente de que su definición sea legal, jurisprudencial o doctrinal. En última instancia, la diversidad de los tipos dependerá, no tanto de lo que disponga la ley, cómo del modo en que se haya concluido el proceso de juridificación de la negociación colectiva como fuente, y, señaladamente, del origen, legal o convencional, de las llamadas normas sobre la producción jurídica (NSP).

<sup>119</sup> En este sentido, la relación que se establece entre el concepto de fuente formal y el de fuente material se corresponde con la distinción de LARENZ entre el CJDF y el "concepto técnico-jurídico". De este modo, el jurista para entender "las decisiones de valor previamente dadas en la regulación jurídico-positiva y comprender los problemas que de ellas se derivan, no debe quedarse en los conceptos técnico-jurídicos, sino que ha de preguntar por el CJDF que se esconde detrás del concepto técnico-jurídico y asimismo se transparenta detrás de él" (op. cit., p. 477).



colectiva en el sistema interno debe mantenerse inalterada<sup>120</sup>, lo que constituye un límite insoslayable a dicha intervención<sup>121</sup>.

### 3.- EL PROCESO DE JURIDIFICACIÓN FORMAL.

Según hemos visto, el proceso de juridificación de la negociación colectiva como fuente del derecho, teniendo por objeto la elaboración de su modelo teórico, no se podría agotar en la descripción de su fundamentación material en el contexto del sistema interno. Como fuente material, la negociación colectiva supone el despliegue de un poder normativo que se proyecta directamente sobre el sistema externo en forma de norma jurídico-positiva. No en vano, si la función de toda fuente es hacer efectiva sobre la realidad la vocación ordenadora de un poder juridificado, la de la negociación colectiva se debe concretar, necesariamente, en posibilitar la existencia de normas convencionales con fundamento directo en la autonomía colectiva.

Situados en el sistema externo, ello significa que el proceso de juridificación debe culminar con el establecimiento de una diversidad de modos de expresión

---

<sup>120</sup> Esto es fundamental para comprobar cuál deba ser el alcance de la intervención legal en la ordenación de la negociación colectiva. El parámetro valorativo al respecto no será otro que el grado de distorsión que introduzca la intervención en esa conexión (origen/norma). Si esa conexión se colapsa por una intervención sobremedida de la ley en la organización del sistema de fuentes, la norma ya no será producto de una fuente autónoma, sino de una fuente "legalizada", y ello a pesar de conservar el nombre de una de las manifestaciones (fuentes formales) de la negociación colectiva.

<sup>121</sup> Este replanteamiento de las relaciones entre ley y negociación colectiva se verá, sin duda, favorecido, no sólo por el reconocimiento de una esfera jurídico-extraestatal, sino también por la simultánea -y consecuente- desvalorización de la ley, traducida en una pérdida de la hegemonía ordenadora que ostentaba en los esquemas normativistas.

normativa o fuentes formales, a través de las cuales se lleva a cabo la creación de normas jurídicas de origen convencional. De este modo, la validez de estas normas estará supeditada al cumplimiento de las reglas que disciplinan los diversos procesos de producción normativa (es decir, de las llamadas "normas sobre la producción jurídica"); sólo así, podrán ser integradas en el sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico. Por otra parte, una vez válidamente creadas, es preciso garantizar la aplicación efectiva de esas normas convencionales, es decir, su eficacia en sentido amplio. Ello significa, en primer lugar, que debe asegurarse su fuerza vinculante (eficacia jurídica) sobre las relaciones de trabajo inmersas en sus respectivos ámbitos de aplicación. Es lo que podemos denominar "eficacia vertical". Pero, consecuentemente, también conlleva la "reserva" de un ámbito de regulación propio frente a las normas de procedencia estatal, lo que se concreta en la necesidad de que cada tipo de norma convencional disponga de una posición definida en el sistema de fuentes formales del ordenamiento. A este tipo de eficacia se le puede calificar de "horizontal" y, como tal, es siempre relativa, es decir, depende de la posición ocupada por cada una de las distintas fuentes formales.

Toda esta fase del proceso de juridificación, al desarrollarse en el sistema externo, se construye sobre la base de normas positivas (de ahí que se denomine "formal"). Sin embargo, ello no quiere decir que sean normas "legales". Ni la construcción de un sistema de normas sobre la producción jurídica ni el aseguramiento de la eficacia de las normas convencionales necesitan, en todo caso, la intervención del legislador. El respeto al principio de autonomía colectiva impone, por el contrario, que esta intervención legal se configure como subsidiaria, es decir, que sólo tenga cabida para suplir una eventual deficiencia de la autonomía colectiva para dotarse de ese marco de autonormación.

Ello no obstante, aun partiendo de este presupuesto, la intervención de la ley en las relaciones colectivas de trabajo, siendo una manifestación evidente de la función

promocional asumida por el Estado en la actualidad, constituye un dato del cual no es posible prescindir en el estudio del modelo teórico de la negociación colectiva. Antes al contrario, es preciso valorar su significado en esta fase y, asimismo, descubrir las directrices que rigen y limitan su papel ordenador. Teniendo en cuenta que la intervención del legislador puede afectar tanto a la organización de la producción de normas convencionales (plano de la creación jurídica) (3.2), como a la garantía de su eficacia jurídica (plano de la aplicación) (3.3), el análisis de la misma deberá hacerse sin perder de vista las exigencias que se derivan, respectivamente, de los distintos planos sobre los que aquélla se proyecta. Por ello, de forma preliminar, conviene efectuar algunas precisiones generales sobre la función de la ley en la configuración del sistema de fuentes (3.1).

### 3.1.- La ley y el sistema formal de fuentes.

#### 3.1.1.- La superación de la dicotomía monismo/pluralismo.

La problemática de las fuentes del derecho se ha venido desarrollando en el contexto del debate dialéctico representado por el binomio monismo/pluralismo jurídico, y ambos, incardinados de forma privilegiada en la discusión metodológica entre formalismo y sociologismo<sup>122</sup>. Como hemos visto, desde el formalismo inexorablemente se desembocaba en un estatismo claramente monista, donde la ley y el derecho se concebían como una misma cosa. Frente a ella, surge la reacción sociologista que va a hacer hincapié, precisamente,

---

<sup>122</sup> En este sentido, v. BOBBIO: "El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas", en Contribución... cit, p. 255 ss.; esp., p. 256-257. Asimismo, GIUGNI, op. cit., p. 57 ss.

en la "falacia histórica"<sup>123</sup> que representa esta tesis, contrastada con la realidad<sup>124</sup>.

Las teorías pluralistas surgen, por tanto, como consecuencia de la necesidad evidente de dar explicación a la aparición de centros de producción jurídica no ubicados en el aparato estatal<sup>125</sup>. El monopolio del Estado sufre así una quiebra importante, coincidente con la crisis de la concepción iusliberalista de la ley como fruto de la voluntad general<sup>126</sup>, que tuvo su apogeo con la codificación, expresión máxima del derecho como razón escrita<sup>127</sup>. Esta

---

<sup>123</sup> HELLER, *Teoría del Estado...* cit., p. 203. Para BOBBIO ("Teoría e ideología en la doctrina de Santi Romano", en *Contribución...* cit., p. 153, n. 3), la teoría pluralista "ofrece un material convincente para mostrar la falsedad histórica y actual de la tesis del monopolio de las fuentes del Derecho por parte del Derecho del Estado".

<sup>124</sup> En efecto, la relación entre derecho y Estado, desde el punto de vista histórico, no soporta un análisis estatista, ni siquiera en su versión atenuada según la cual ambos términos se identifican. Como pone de relieve SANTI ROMANO, con el sentido común que le caracteriza, "mientras se puede llegar perfectamente al concepto de derecho sin recurrir al de Estado, no es posible, por el contrario, definir el Estado sin recurrir al concepto de derecho; no es el Estado una unión material de hombres, un agregado de hechos y casual, sino una comunidad organizada, esto es, un ente jurídico" (op. cit., p. 212).

<sup>125</sup> Como apunta BOBBIO ("Teoría..." cit., p. 161), "el éxito de la teoría pluralista dependió del hecho de que daba una representación de la realidad social más satisfactoria, precisamente en el momento en el que la ebullición de las fuerzas sociales, consecuencia de la presión de la <<cuestión social>>, amenazaba con hacer saltar -y en algunos países este salto se había producido- la tapadera del Estado".

<sup>126</sup> V. en este sentido, DE CASTRO, op. cit., p. 357 ss.; también, BOBBIO, "Teoría..." cit., p. 165. Este autor, después de constatar el nexo existente entre la crisis del Estado y la teoría del pluralismo jurídico, estima que "la razón de la crisis está en la decadencia de la correspondencia entre la idea en base a que fue construido el Estado nacido de la Revolución Francesa, según la cual entre los individuos y el Estado no debe haber lugar para ningún ente intermedio, y la realidad social presente, en la que proliferan y señorean grupos cada vez más numerosos y cada vez más prepotentes". Como señala RIPERT (op. cit., p. 78), puede afirmarse que "no hay en una sociedad determinada voluntad general. Si existiese sería apenas necesidad de leyes. Lo único que es verdad es que un cierto número de voluntades individuales se unen en un cierto momento para imponer a todos los miembros de una sociedad la observación de ciertas reglas. La voluntad general es supuesta después para justificar la existencia de la ley". En el mismo sentido, DUGUIT ("Le droit social..." cit., p. 234) concluye afirmando que "la verdad es que la ley es la expresión no de una voluntad general, que no existe, ni de la voluntad del Estado, que tampoco existe, sino de la voluntad de los hombres que la votan". Sin embargo, ello no significaba (ni significa, ahora) cuestionar en ningún momento la "importancia de la ley escrita como fuente del derecho positivo, ni tampoco la necesidad de su supremacía" (GENY: *Método de interpretación y fuentes...* cit., p. 67), lo que no obsta para afirmar la sustitución del principio de sujeción a la ley por el de la sujeción al derecho (CALSAMIGLIA, *Introducción...* cit., 103).

<sup>127</sup> En líneas generales, esta crisis se enmarca dentro del contexto de la lucha contra el "fetichismo de la ley" (que tiene en GENY uno de sus principales representantes), mediante la constatación de que, lejos de ser la indiscutible

desmitificación de la ley<sup>128</sup> conduce al reconocimiento de otras formas de creación del derecho no basadas directamente en el concepto de soberanía<sup>129</sup>, sino en el libre juego de los intereses representados por los grupos sociales (autonomía colectiva<sup>130</sup>). Las respuestas teóricas que se han vertido para explicar esta nueva dimensión del fenómeno de la

---

ratio scripta, responde a intereses determinados, es decir, parciales, no generales. De esta forma, "se advierte, con razón, contra el fetichismo e idolatría hacia la ley, señalando que es obra de un soberano, es decir, de un jefe o de una Asamblea, cuya competencia técnica puede ser mediocre y cuya imparcialidad y espíritu de justicia ser discutibles" (DE CASTRO, op. cit., p. 359, n. 8, citando, a su vez, a ROUBIER). Por otro lado, la complejidad hacia la que había evolucionado la sociedad no permitía la rígida aplicación de los clásicos moldes jurídico-políticos, que se mostraban obsoletos e incapaces de dar respuestas satisfactorias a las nuevas exigencias planteadas. Y ello, ni siquiera a través de una desesperada labor de reconducción de la realidad a los tradicionales y básicos esquemas analíticos, convertidos a la postre en dogmas incuestionales. Destacando el "simplismo" de estas argumentaciones, en clave racionalista, sobre el origen y fundamento de la ley, v. DIEZ PICAZO (op. cit., p. 137 ss.). En el fondo, como señala HERNÁNDEZ GIL (Conceptos... cit., p. 173), la codificación no significa otra cosa que "el apoderamiento del derecho por el Estado a través de la ley". La identificación entre el derecho y la ley, por tanto, tiene en la codificación su argumento más favorecedor. Sobre el significado de la "idea de codificación", v. DIEZ PICAZO, op. cit., p. 149 ss.). Precisamente esta pretensión de encerrar todo el derecho en el código, criticada duramente por GENY, trajo consigo la inutilidad la doctrina iuscivilista para explicar los nuevos fenómenos de creación normativa que, de forma señalada, iban apareciendo en el ámbito de las relaciones laborales. Esta insuficiencia del Código civil se concretaba en que la única forma de que aquellas manifestaciones tuvieran relevancia consistía en su reconducción a las relaciones contractuales; sin embargo, como pone de relieve SANTI ROMANO (op. cit., p. 229), "a pesar de los esfuerzos de la más depurada dialéctica, la jurisprudencia y la doctrina no consiguen reducirlas a tal configuración, si no es sacrificando algunos elementos de tales relaciones o deformándolas al menos". Resultado inevitable, por otra parte, de la tozuda pretensión de adaptar la realidad al concepto y no el concepto a la realidad (v. op. cit., p. 143). En definitiva, no se trata de otra cosa que de la trasposición al derecho del mantenimiento de una serie de "prejuicios políticos", entre ellos, el principio de igualdad en las relaciones contractuales entre privados, claramente inaplicable a las relaciones laborales, habida cuenta la desigual posición que ocupan los sujetos contratantes (v. op. cit., p. 311).

<sup>128</sup> Una de cuyas principales consecuencias es la caída del modelo de legislador racional (DUGUIT en "Le droit social..." cit., p. 233). Este mito, que desempeñaba la específica función de justificar la abdicación valorativa del jurista y su adhesión inquebrantable al derecho positivo, se hace insostenible cuando se toma consciencia de que la ley sólo es producto de la actividad de unos hombres y resultado de una determinada y contingente composición de intereses. Como afirma ROBLES (La sociología... cit., p. 222), la leyes, "no por el hecho de estar aprobadas en el parlamento tienen ya la marca de la racionalidad. La racionalidad ha de probarse antes de la creación legislativa mediante el debate de argumentos y la ponderación de los mismos y, sobre todo, después, constatando los efectos sociales producidos. Hoy toda ley es sospechosa de servir intereses parciales". Sin embargo, nada de ello justifica las reacciones radicales de orden decisionista, como por ejemplo el famoso movimiento del "uso alternativo del derecho", entre otras cosas, por el alto coste que la "alternativa" conlleva en términos de inseguridad y arbitrariedad jurídicas. (v. CALSAMIGLIA, p. 106-107).

<sup>129</sup> Sobre esta conexión, v. CARNELUTTI, La teoría... cit., p. 83. Para este autor, el descubrimiento del pluralismo jurídico y, consecuentemente, la existencia de otras formas de producción jurídica no surgidas en régimen de soberanía, supone una nueva definición del concepto de fuente que, de este modo, adquiere una dimensión hasta entonces desconocida.

<sup>130</sup> v. ut supra.

creación jurídica han sido diversas<sup>131</sup>, pero casi todas coincidentes en afirmar la necesidad de dejar atrás las posiciones monistas<sup>132</sup> y apostar decididamente por una concepción pluralista del derecho<sup>133</sup>.

Sin embargo, el principal problema teórico con el que se tuvieron que enfrentar los constructores de los nuevos sistemas pluralistas, no advertido por todos ellos, fue el de la necesidad de coordinar, en el plano formal<sup>134</sup>, el reconocimiento de formas extraestatales de creación de normas y la ineludible ordenación unitaria de la producción jurídica, inherente al propio concepto de derecho como organización global de la sociedad<sup>135</sup>. La cuestión se traslada, entonces, a la forma en que se articulan esas relaciones interordinamentales. En definitiva, se trata que dar solución al complejo problema de cómo compaginar la existencia de sistemas de producción normativa, originariamente extraestatales, con la necesaria relevancia endoestatal de las normas así producidas.

En efecto, la existencia de ordenamientos autónomos

---

<sup>131</sup> v. ut supra.

<sup>132</sup> Incluyendo dentro de este término, no sólo aquellas posiciones que consideran que "el derecho es siempre un producto estatal y el Estado es la única fuente de creación de normas jurídicas" (DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 144), sino también aquéllas otras llamadas "dualistas" por permitir cierto juego al protagonismo de la sociedad en la producción normativa, lo que acaece mediante el reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho. La marginalidad de esta fuente, por su limitado y mediatizado alcance, deja sin utilidad práctica alguna una nueva tipificación (dualismo), pues el dato principal, la hegemonía de la ley, permanece incólume.

<sup>133</sup> En este sentido, GENY, Método... cit., p. 194, n. I. Como apunta HELLER (op. cit., p. 205), "por muy 'total' que sea un Estado nunca podrá absorber toda la realidad social ni eliminar por completo su fuerza productora de derecho". En conclusión, el pluralismo jurídico no es otra cosa que la consecuencia obligada del pluralismo social.

<sup>134</sup> Es obvio destacar, pues, que cuando hablamos de pluralismo nos estamos refiriendo a las fuentes materiales, ya que una pluralidad de fuentes formales no responden necesariamente a un sistema jurídico pluralista. Antes al contrario, podrían provenir todas de una misma fuente material. En este sentido, como señala GURVITCH (L'experience... cit., p. 145), "se podría, en principio admitir el pluralismo de fuentes formales, incluso permaneciendo monista (por ejemplo estatista) en cuanto a las fuentes primarias, a los 'hechos normativos'".

<sup>135</sup> Sobre la dimensión que llegó a alcanzar esta polémica, v. SANTI ROMANO, op. cit., p. 240 ss. Para un análisis comprensivo de los fundamentos de la tesis pluralista, v. GURVITCH, L'experience... cit., p. 146 ss.

dentro de un mismo Estado<sup>136</sup> exige, para evitar el caos que resultaría de una concurrencia asistemática de preceptos, unos criterios organizativos de sus recíprocas relaciones, capaces de identificar cuál es el derecho realmente aplicable. Esta ordenación supone, en primer lugar, el establecimiento de cauces formalizados para la producción jurídica (fuentes formales) y, posteriormente, la existencia de criterios de aplicación de las normas ya producidas. La cuestión es, entonces, dilucidar el protagonismo del Estado en esta ordenación. Para ello, sin embargo, se hace necesario valorar críticamente la idoneidad explicativa de las tesis ordinamentalista.

Sin perjuicio de los importantes esfuerzos teorizadores realizados al respecto, imprescindibles para la correcta aprehensión del problema<sup>137</sup>, parece reconocerse hoy día que la solución de éste no tiene que pasar necesariamente por una construcción de tipo ordimentalista<sup>138</sup>, lo que avala, como hemos visto, la cobertura que proporciona nuestra propuesta

---

<sup>136</sup> Siempre y cuando se estime incuestionable esta organización superior que expresa el Estado moderno, lo que suscribe el propio SANTI ROMANO. Hay que tener presente, no obstante, que no se trata de una opinión generalizada en todo el movimiento pluralista. (v., al respecto, BOBBIO, "La teoría...cit.", p. 164 ss.). Por ello, como afirma el propio BOBBIO, el pluralismo de SANTI ROMANO puede ser calificado como "moderado", en contraposición con el denominado "pluralismo destructivo", que considera al Estado como una institución más y, por tanto, puede llegar a ser prescindible y superflua. En conclusión, para el pluralismo moderado "el Estado es siempre una institución distinta de todas las demás, superior a ellas, es en un cierto sentido la institución que hace posible la existencia misma de todas las demás instituciones y que no puede ser eliminada porque es la coronación y la síntesis necesaria de todo sistema social" (Ib., p. 167). Obsérvese, entonces, la inoperancia del planteamiento de una pluralidad de ordenamientos jurídicos dentro del Estado y compitiendo con él: toda vez que no existe igualdad entre ellos, sus relaciones recíprocas no serán coordinación sino de subordinación, lo que inexorablemente lleva a una "reductio ad unum", es decir, a la existencia real de un sólo ordenamiento, el estatal. Basta por tanto, con la consideración de un sólo ordenamiento que, sin embargo, dispone de diferentes formas de producción jurídica, una de las cuales, la ley, proviene del "aparato estatal", que no se identifica con el Estado como organización jurídico-social (es decir, identificando el término Estado con el de sociedad jurídicamente organizada), dentro del cual se establecen otros mecanismos de creación de normas, y ello, a pesar del indiscutible protagonismo de la ley como fuente estatal por excelencia.

<sup>137</sup> En general, sobre la importancia que para la evolución del pensamiento jurídico tuvieron las formulaciones pluralistas, v., entre otros, GURVICHT, *L'expérience...cit.*, p. 152; CARNELUTTI, *Teoría General...cit.*, p. 83-84; BOBBIO, "La teoría..." cit., p. 160-161).

<sup>138</sup> Como apunta GIUGNI (op. cit., p. 64), así entendida, "la estructura pluralista es lógicamente incompatible con una unidad coordinada de fuentes".

metodológica<sup>139</sup>.

El examen de la producción del derecho debe hacerse necesariamente en el marco de esquemas globalizadores, único modo de que todos los elementos concomitantes estén en conexión, permitiendo la comprensión integrada de este aspecto, tan esencial como complejo, de la organización jurídica. Las tesis partidarias de la multiplicación de ordenamientos autónomos y concurrentes entre sí, aparte de verse en la tesitura de tener que solventar el problema de la existencia de uno superior (al menos, funcionalmente), el estatal, presentan el inconveniente, nada desdeñable, de caer en un espontaneísmo incompatible con unas mínimas exigencias de rigor conceptual<sup>140</sup>.

El propio concepto de ordenamiento no permite el abuso semántico que lleva aparejada su multiplicación: la proliferación de realidades sociales ordenadas que necesitan, a su vez, ser ordenadas, devalúan el concepto de ordenamiento referido a cada una de ellas<sup>141</sup>. Por otro lado, lo que es más concluyente, no es necesario recurrir al mencionado concepto para dar una respuesta satisfactoria a la necesidad de aprehender el fenómeno de la producción jurídica. En el fondo, es suficiente con la correcta comprensión del concepto de fuente del derecho<sup>142</sup>, mucho más apropiado para explicar

---

<sup>139</sup> De este modo, es posible defender una posición organicista del derecho y de la sociedad, sin tener que asumir la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos (así, BOBBIO, "El análisis funcional..." cit., p. 256-257).

<sup>140</sup> Para TREVES (op. cit., p. 94) la teoría institucionalista de SANTI ROMANO no escapa de ser tildada de sociologista, precisamente, "por haber sostenido el principio de la pluralidad de ordenamientos jurídicos". Si bien, la propuesta más radical es la de GURVITCH, que incurre en un patente antiestatalismo que, aunque en cierto modo justificable por el modelo histórico de referencia, lo conduce a perderse en la dispersión de un espontaneísmo jurídico que cuestiona, tanto el carácter unitario del derecho como la propia existencia del Estado.

<sup>141</sup> Por otra parte, como señala CESARINI SFORZA, op. cit., p. 55 defendiendo, frente a la inutilidad teórica de las tesis ordinamentalistas, la esencialidad de la unidad del derecho, "con la disociación del concepto de "ordenamiento jurídico" se llegaría, ineludiblemente, a "una confrontación entre los diversos ordenamientos que ocasionaría una verdadera y propia anarquía jurídica y social".

<sup>142</sup> Como señala CARNELUTTI (Teoría general... cit., p. 83), en definitiva, pluralidad de ordenamientos y pluralidad de fuentes vienen a ser lo mismo.



la simbiosis que se produce entre la pluralidad de formas de creación jurídica, que, según hemos visto, responde a datos fácticos (poderes) por un lado, y su necesaria reconducción a una organización unitaria del derecho, por otro<sup>143</sup>.

En conclusión, una explicación unitaria del fenómeno de la creación jurídica no tiene que llevar consigo, necesariamente, una reconducción de todas sus manifestaciones a la ley, de tal manera que ésta acabe monopolizando, mediata o inmediatamente, toda la producción jurídica. La posibilidad de integrar en un sistema "abierto"<sup>144</sup> centros de poder que, una vez juridificados, estén en disposición de desplegar una actividad de producción normativa, evita dicho resultado. Las normas indistintamente emanadas por cualquier procedimiento habilitado al efecto, serán jurídicas por el hecho de ser emanadas por una fuente acogida como tal en el seno de organización. La validez de éstas dependerá, por tanto, de que se ajusten a dicho procedimiento formalizado, instrumento mediante el cual se hará efectivo el correspondiente poder juridificado del que aquél trae causa<sup>145</sup>.

Llegados a este punto, es fácilmente advertible que hablar en este contexto de pluralismo o monismo carece de sentido, pues el sistema de fuentes otorga cauces de expresión jurídica, con validez general en todo el ordenamiento, a toda manifestación social relevante, es decir, con potencialidad normativa. En efecto, aquella dicotomía responde a unas circunstancias históricas concretas (principios de siglo), donde había una necesidad imperiosa de superar el estrecho monismo legalista, incapaz de dar

---

<sup>143</sup> Siempre y cuando se entiendan, en el sentido anteriormente expuesto, los conceptos de "derecho" y de "fuente".

<sup>144</sup> V. ut supra, Cap. I.

<sup>145</sup> De este modo, las normas positivas serán el resultado mediano de la trasposición de aquellos principios rectores y, por ello, instrumentos dirigidos a la realización de los fines generales. Claro está, todo ello en la hipótesis ideal de un funcionamiento correcto del sistema, sin tener en cuenta las inevitables disfuncionalidades que, como tales, denotan la existencia de una ordenación. Como veremos inmediatamente, una de ellas, la más importante sin duda, es la extralimitación del papel de la ley en su inevitable concurso intermediador entre sistema interno y sistema externo, lo que se materializa a través de la actualización de la organización preordenada del sistema de fuentes instrumentalizada mediante la ley.

cobertura a la complejidad que iba adquiriendo el mundo del derecho. Las tesis pluralistas fueron el contrapunto, es decir, la reacción de la ciencia jurídica ante aquellas insuficiencias formalistas. En el contexto actual, sin embargo, tal debate está superado. El evolución del constitucionalismo moderno ha permitido una aprehensión integrada de la complejidad intrínseca del derecho, de su carácter organizativo (las propias constituciones son corporeizaciones de esa esencia organizativa del derecho)<sup>146</sup>. La organización de la producción jurídica es unitaria y global, pero ello no significa que todo el derecho provenga del Estado, ni que éste sea el distribuidor de potestades normativas<sup>147</sup>. El papel de la ley en la organización formal del sistema de fuentes no puede, por tanto, sustraerse a estos presupuestos.

### 3.1.2.- La necesaria separación entre creación y aplicación del derecho: el doble papel de la ley.

Una de las principales consecuencias que proyectan sobre el sistema formal de fuentes la preconizada distinción entre organización y normatividad dentro del sistema jurídico (paralela, a su vez, a la distinción entre normatividad y juridicidad resultante de la concepción de derecho esbozada<sup>148</sup>), es, sin duda, la separación entre el plano de la creación y el de la aplicación normativas. Esta separación, plenamente coherente con las exigencias

---

<sup>146</sup> A esta consideración ha contribuido sin duda, el fenómeno del constitucionalismo, (en estado latente aun en la época de SANTI ROMANO, lo que puede explicar que adoptara la salida de la tesis de la pluralidad de ordenamientos jurídicos como la única capaz de superar el legalismo estatalista existente hasta entonces). En efecto, la constitución representa un estadio superior donde el derecho y el Estado se organizan estructural y funcionalmente como un todo, integrando toda manifestación de poder en una misma esfera juridificada.

<sup>147</sup> Como señala MENGONI ("L'Europa dei codici...cit.", p. 515), no en vano, esta concepción hunde sus raíces ideológicas en el fenómeno codificador y se funda en "la identificación de las fuentes del derecho con la soberanía estatal y, por ello, caracterizada por el rechazo de toda especie de 'ley fundamental' superior a la voluntad soberana".

<sup>148</sup> V. ut supra.

explicativas que se derivan del constitucionalismo moderno<sup>149</sup>, tiene una importancia capital para analizar la función de la ley en la organización del sistema formal de fuentes del ordenamiento jurídico. No en vano, con ella se identifican dos esferas diferentes y sucesivas dentro del proceso de juridificación formal de toda fuente, respecto de las cuales, la posición de la ley es diferente y, consecuentemente, las directrices que han de marcar su intervención deben estar sujetas a limitaciones de diverso grado. La diversificación de centros autónomos de poder normativo, por tanto, sólo puede apreciarse si se separan creación y aplicación jurídicas, ya que en esta última fase las normas emanadas por todos ellos son objeto de una apreciación conjunta, es decir, aparecen unidas y ordenadas dentro de un único sistema de principios rectores que, normalmente, se recogen en normas legales.

De este modo, la preeminencia del derecho estatal sobre el colectivo, aun pudiendo justificarse en base a argumentos de diversa índole (la distinta cualificación de los intereses en juego<sup>150</sup> o de las funciones normativas<sup>151</sup>), sólo se

---

<sup>149</sup> V., en este sentido, DE OTTO, op. cit., p. 14, donde, tajantemente, pone de manifiesto cómo "el concepto de Constitución sólo es comprensible si se parte de un dato básico de los ordenamientos jurídicos modernos: la distinción entre creación y aplicación de normas". De este modo, incidiendo en el papel normativo de la Constitución en el conjunto del ordenamiento jurídico, concluye afirmando que "establecer en tal ordenamiento una norma suprema, una Constitución, significa que esa creación normativa o legislación en el sentido amplio del término queda a su vez sujeta a normas que son el fundamento y el límite de su validez". En definitiva, "no hay Constitución cuando creación y aplicación del derecho están aún unidas". Asimismo, BOBBIO (Teoría dell'ordinamento giuridico, cit., p. 47 ss.) pone de manifiesto cómo este hecho, es decir, el reconocimiento del valor normativo de la constitución, ha supuesto la imposición de límites, materiales y formales, a la ley. A la postre, esto ha traído como consecuencia la pérdida de la tradicional omnipotencia de la ley, al dejar de ser la mediación necesaria entre constitución y sistema jurídico, y la principal razón de su "crisis" actual (DIEZ PICAZO: "Constitución, ley, juez", REDC 15/85, p. 9 ss.).

<sup>150</sup> Para una definición de interés colectivo partiendo del concepto de colectividad organizada, v. CESARINI SFORZA: "Preliminari sul diritto collettivo", ASC-1936, p. 27 ss.

<sup>151</sup> El problema de la jerarquía ha sido abordado, desde esta perspectiva, por GURVITCH (L'expérience... cit., p. 147 ss.). Para este autor, claro defensor del pluralismo de las fuentes del derecho (en sentido material, es decir, lo que él denomina "hechos normativos"), la jerarquía entre ellas es, sin embargo, una cuestión ineludible. Y ello, aún habiendo desechado el principio de interés general como criterio ordenador de todas las fuentes, que, de este modo, quedaría reconducidas a la unidad bajo el imperio de la ley, fuente estatal que encarnaría ese interés. La alternativa que propone el citado autor, una vez rechazado el principio de interés general ante la constatación de la existencia de "múltiples

proyectaría sobre el plano aplicativo<sup>152</sup>. La articulación formal de esa preeminencia a través del principio de jerarquía sería, por tanto, una de las vías a seguir en la ineludible tarea de organizar las relaciones entre los diversos tipos de normas que concurren en la ordenación de la realidad social. El conjunto de fuentes formales, constituyendo un sistema, necesita de este tipo de principios para seleccionar, en su caso, la norma aplicable de entre varias creadas válidamente. El carácter insoslayable del recurso al principio jerárquico se deriva, por tanto, de la necesidad de contar con un criterio para resolver los conflictos entre fuentes, único modo de no destruir la unidad de la noción de derecho.

En el plano creativo, por el contrario, no puede reconocerse esa superioridad jerárquica del derecho estatal pues ello significaría, irremediablemente, la negación absoluta de toda posibilidad de creación autónoma del derecho, cayendo de lleno, nuevamente, en el monismo. En otras palabras, la supeditación de las fuentes formales convencionales a las estatales en el plano creativo traería consigo que, sólo desde el más estricto formalismo, se pudiera hablar propiamente de fuentes convencionales en relación con las primeras. Teniendo como fundamento el poder estatal, la línea de conexión con la autonomía colectiva habría quedado colapsada y, consecuentemente, la naturaleza de las normas convencionales, transmutada: con independencia del nombre que recibiesen se trataría de simples manifestaciones del poder estatal<sup>153</sup>.

---

intereses comunes", es fundar la jerarquía la distinta función que desempeña cada fuente (p. 149).

<sup>152</sup> En consecuencia, por aplicación entendemos, con DIEZ PICAZO (op. cit., p. 208-209), "el conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas". De este modo, la separación entre creación y aplicación se halla implícita en la anterior definición: "se habla de "aplicación", porque en esta serie de actividades o de operaciones el derecho, las normas se presenta como un prius ya dado, que asume el carácter de un factor determinante" (ib.).

<sup>153</sup> En definitiva, no hay propiamente, una "jerarquía de fuentes", puesto que no hay una preordenación de unas fuentes por otras, sino una jerarquía de tipos de normas positivas. (Sobre este tema, v. LUHMANN, op. cit., p. 32 ss.; también, ERRÁZURIZ: La Teoría del Derecho de Kelsen, EUNSA-PAMPLONA, 1986; p. 268 ss.). Y, en todo caso, esta superioridad de la norma estatal no proviene del papel preeminente del Estado en la aplicación del derecho que se base en su

En conclusión, la superioridad del derecho estatal sólo debe ser contemplada en el plano de la aplicación del derecho. Es en este momento, y sólo entonces, cuando se aprecia la prevalencia jerárquica de la ley en el sistema de fuentes formales del ordenamiento. Un correcto entendimiento del papel de la ley en la organización del sistema formal del derecho tiene como presupuesto, por tanto, la no confusión de ambos planos. Así, a pesar de que desde el formalismo jurídico no se aprecie distinción alguna<sup>154</sup>, una aproximación al problema en clave organicista nos la desvelará inmediatamente<sup>155</sup>.

Por tanto, el papel hegemónico de la ley en el conjunto del ordenamiento jurídico, fruto de la tradicional concepción monista del derecho, necesita ser revisado. En el plano de la creación, el protagonismo de la ley queda limitado a hacer efectivo el sistema material de fuentes diseñado en la constitución, lo que se concreta en una intervención, eventual pero directa, en la organización de la producción normativa. En el plano de la aplicación, aparte de constituir un instrumento en manos del Estado para incidir directamente en la realidad, garantiza la eficacia de las normas jurídicas

---

monopolio del uso de la fuerza. En efecto, en contra de las posiciones formalistas, se ha puesto de manifiesto que la coactividad no es un elemento esencial en la definición de Derecho. Como apunta CESARINI SFORZA (op. cit., p. 52), "cualquier norma (o regla imperativa) es, por tanto, potencialmente coactiva; y comúnmente será una fuerza, de aquél o de aquellos interesados en la observación de la norma, la que tratará de impedir la inobservancia o remediar las consecuencias de ésta. Pero ahora estamos en la fase de aplicación: que la norma sea o no jurídica es algo que resulta de la fase de creación".

<sup>154</sup> Ello se debe, en definitiva a que "la preeminencia (práctica) del Estado en la aplicación del Derecho se transforma en el monopolio (teórico) de su creación" (CESARINI SFORZA, op. cit., p. 54.). No en vano, es la organización del Estado la que fija los criterios de solución de conflictos entre las diversas fuentes concurrentes. La razón de ello es obvia: son los órganos estatales los encargados de aplicar el derecho, momento en el que se patentizan dichos conflictos y cuando, ineludiblemente, deben resolverse.

<sup>155</sup> Desde esta perspectiva se aprecia, no sólo la ausencia de superioridad jerárquica de la ley en el plano creativo, sino, además, la funcionalización de dicha superioridad en el plano aplicativo. En efecto, el sometimiento del Estado al orden material de valores establecido es inquebrantable. Precisamente el sentido último de la jerarquía normativa es ese, es decir, "proporcionar un instrumental técnico al servicio de la efectividad de ciertos valores jurídicos especialmente relevantes en un orden social". De este modo, la jerarquización de las normas es, por consiguiente, un tipo de formalización de las realidades jurídicas, que se funda en un hecho -el distinto rango material de las normas- y que tiende a una precisa finalidad: contribuir a la implantación efectiva del orden jurídico, de modo que desde las grandes líneas del sistema hasta la solución de los casos singulares, reine la armonía que es inseparable de la justicia" (ERRAZURIZ, op. cit., p. 539-540).

válidamente creadas, pues sólo así se garantiza la eficacia del ordenamiento en su conjunto.

En su actuación en ambos planos, sin embargo, la ley aparece preordenada en la norma fundamental, donde asimismo el propio Estado aparece organizado para conseguir los fines y valores definidos. No en vano, el sometimiento a esa organización y a sus fines es, precisamente, el fundamento de su propia existencia y el objetivo de aquella preordenación<sup>156</sup>. Si es el Estado quien goza del privilegio de ostentar la dirección de la sociedad<sup>157</sup>, será él quien asuma la labor de concretar cuáles son esos referentes ideales y, consecuentemente, orientar el sistema jurídico en aquélla dirección<sup>158</sup>.

La ley, como instrumento del Estado, no sólo es utilizada al efecto para ordenar directamente la realidad social. Además mediante ella se organiza la producción

---

<sup>156</sup> Como señala LEGAZ LACAMBRA (op. cit., p. 276-277), en definitiva "un Estado es una situación de equilibrio relativamente estable entre diversas fuerzas sociales, cuya resultante es la unidad de una voluntad política de decisión. Ese equilibrio es hecho posible por la vigencia de un ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico es expresión de ese mismo equilibrio.

<sup>157</sup> No hay que olvidar al respecto el nuevo papel que asume el Estado en el constitucionalismo postweimariano, que, sin embargo, no pudo ser percibido con toda claridad por los teóricos del pluralismo jurídico. En este sentido, aunque ahora resulten un tanto inadecuadas, son históricamente comprensibles las teorizaciones que, como la efectuada por GURVITCH (*L'idée...cit.*, p. 150 ss.), sitúan al Estado en una posición francamente marginal en relación con el derecho. Este autor consideraba al Estado "como un círculo restringido de derecho inscrito en el interior del círculo infinitamente más amplio del derecho no estatal", concluyendo que "en la vida jurídica, el Estado es como un pequeño lago profundo perdido dentro de la inmensa mar del derecho que le rodea por todos los lados". Evidentemente, el papel asumido por el Estado en la actualidad no admite este tipo de análisis tan restrictivos de su protagonismo jurídico.

<sup>158</sup> Lo que evidentemente presupone una labor interpretativa o valorativa claramente influenciada por el equilibrio de fuerzas sociales y políticas existentes en un determinado contexto histórico, que a la postre conformará la que podemos denominar "voluntad del Estado". En los regímenes democráticos, la voluntad del Estado se forma mediante la composición de las todas las fuerzas políticas concurrentes, siendo variable en función de los diferentes equilibrios que se vayan obteniendo. En ello consiste precisamente el preconizado pluralismo político, que, como apunta HERNÁNDEZ GIL (*Conceptos...cit.*, p. 20), "no es, propiamente, un valor", sino que "supone más bien la contemplación de los valores desde la democracia. Las distintas ideologías políticas convergen y están de acuerdo en reconocer como misión del derecho la libertad, la justicia y la igualdad". No hay que olvidar que, como apunta HERNÁNDEZ GIL (op. cit., p. 21), "la política mueve al derecho, le impulsa y hasta le orienta: más no le equivale por entero".

normativa<sup>159</sup> y se precisan los equilibrios internos del sistema formal de fuentes. De este modo, es fácilmente advertible la diferencia de papeles que la ley asume, reflejo directo de la posición del Estado en uno y otro caso<sup>160</sup>. En este doble papel de la ley como instrumento estatal, sin embargo, el grado de discrecionalidad del Estado es desigual. Utilizando a la ley como fuente del derecho que incide sobre el ordenamiento jurídico modificándolo y haciéndolo evolucionar, las limitaciones formales y materiales son las ordinariamente impuestas a sus órganos productores, que habrán de ser respetadas para que la norma sea válida. Sin embargo, su utilización como norma organizadora de la creación y aplicación jurídicas en general es mucho más limitada<sup>161</sup>.

En este caso no se trata únicamente de cumplir los concretos mandatos impuestos por la norma constitucional en tanto fuente específica, sino de desarrollar la sutil

---

<sup>159</sup> Como hemos visto estas reglas destinadas a organizar el sistema de fuentes son las llamadas "normas sobre la producción del derecho" o, en otros términos, "derecho sobre derecho" (v. ZAGREBELSKY: Manuale di Diritto Costituzionale, V. I: Il sistema delle fonti del diritto, UTET-TORINO, 1992; p. 3 ss.).

<sup>160</sup> En efecto, en el esquema diseñado, la ley tiene un doble papel. Por un lado es una fuente del derecho más que, como manifestación de un centro de poder (Estado), concurre con el resto en la ordenación armónica de la sociedad, desarrollando así el papel que le ha sido conferido por la organización jurídica plasmada en la constitución. Pero, por otro lado, siendo responsabilidad del Estado la función de concretar ese modelo de organización global diseñado a un nivel constitucional, usa del instrumento legal para llevar a cabo dicha función, lo cual provoca disfuncionalidades cuando se produce una confusión de planos. Esta distinción ya fue advertida, en clave normativista, por HART (El concepto de derecho, cit.) y remarcada por BOBBIO ("Normas primarias y secundarias", en Contribución... cit., p. 307 ss.). En el fondo, se trataba de diferenciar las llamadas normas de conducta de las normas de estructura, es decir, aquéllas directamente concebidas para regular la producción del derecho ("normas sobre la producción jurídica").

<sup>161</sup> Efectivamente, como norma sobre la producción jurídica, la ley dispone de fuertes restricciones, justificadas por su capacidad potencial para afectar los equilibrios de poderes subyacentes. Como señala GENY (Método... cit., p. 222), "en tesis general, no puede admitirse que esta ley regule con fundamento, a su antojo, su propia competencia respecto a sus rivales las demás fuentes de derecho, susceptibles de oponerse a sus disposiciones; aún menos puede señalar imperativamente al intérprete una línea de conducta en el desarrollo lógico del contenido de las fuentes. Y todo ello, sin perjuicio de reconocer, en sus justos términos, la importancia de la ley como instrumento para perseguir los fines propuestos al derecho. Como señala el propio autor citado, "esta tesis así formulada no debe llevarse, sin embargo, a sus últimas consecuencias, sin tener juntamente en cuenta la supremacía de hecho que sobre las demás fuentes formales tiene la ley en nuestro estado social moderno, y la necesidad de asegurarle los medios de que realce toda su finalidad útil" (ib.).

composición de equilibrios de poder que ésta encarna<sup>162</sup>. Siendo más delicada esta función, consistente, a veces, en la interpretación o revelación de la constitución material<sup>163</sup>, las precauciones a adoptar son mayores, pues una intervención legal desmedida o una falta de intervención legal, puede romper los equilibrios internos de la organización material del sistema de fuentes<sup>164</sup>. La ley, en esta función, debe limitarse a concretar aquel sistema, aquella distribución de poderes normativos que le viene impuesta de forma inexorable, en relación con la cual sólo está facultada para hacerla efectiva<sup>165</sup>. Para ello debe respetar las posiciones relativas

---

<sup>162</sup> En este sentido se puede decir que la existencia de "una zona jurídica claramente delimitada que está situada en espacio anterior a toda posible intervención del Estado", conduce a que su función normativa, en este espacio "nunca es constitutiva, sino que es meramente declarativa, de una validez y vigencia anteriores y superiores a él" (RODRÍGUEZ MOLINERO, op. cit., p. 131-132).

<sup>163</sup> Es evidente que, como señala ZAGREBELSKY (op. cit., p. 22) "el poder último sobre el que se funda el sistema de fuentes formales está situado, sin embargo, antes de éste, en la esfera de las relaciones constitucionales materiales".

<sup>164</sup> Esto ocurre cuando el sistema ideal diseñado queda distorsionado por el eventual sobredimensionamiento de la fuente estatal por excelencia, la ley, lo que es consecuencia de un abuso de la posición que el Estado ocupa en el sistema que, inevitablemente, se traduce en una serie de disfuncionalidades en el uso del instrumento legal. En este sentido, BALAGUER CALLEJÓN (op. cit., p. 55), poniendo de manifiesto la relación material entre ley y constitución, señala cómo "a pesar del alto grado de tecnicismo y de formalización que conlleva el sistema de fuentes, detrás del mismo se manifiesta claramente la distribución del poder político realizada por el ordenamiento. Cuando la ley se implanta sobre el entramado normativo del mundo estamental en extinción, se está asentando también un poder político propio que se corresponde con determinados intereses de los grupos sociales más dinámicos que auspician la revolución burguesa. Del mismo modo la supremacía de la Constitución sobre la ley, la proliferación de categorías normativas y las precauciones que el ordenamiento adopta para propiciar el consenso social son indicativas de una nueva concepción acerca del modo de organizarse el poder político, valga decir, en nuestro caso, de una nueva concepción de democracia".

<sup>165</sup> En este sentido, no hay que olvidar que el legislador no es el fundador del derecho, "no es su creador en el sentido pleno y absoluto de la palabra, es decir, en el sentido de ser su primer creador; de aquí que carezca de poder para anularlo completamente, pues para hacerlo debería decretar, ni más ni menos, que el fin del Estado mismo" (SANTI ROMANO, op. cit., p. 176). En este mismo sentido, RUBIO LLORENTE (art. cit., p. 34-35), pone en evidencia las limitaciones introducidas a la intermediación legal por el constitucionalismo moderno. Como apunta este autor, "la Constitución era entendida como un sistema de articulación de los órganos superiores del Estado y una organización de los modos de producción del Derecho. El legislador tenía, ciertamente, unas limitaciones impuestas por la Constitución, pero sólo él era el intérprete supremo de ésta y, en consecuencia, su voluntad, plasmada en la ley, era vinculante para todos los ciudadanos y los restantes órganos del poder. La ley quedaba así caracterizada por esa fuerza específica que antes hemos descrito y que servía de criterio diferenciador entre ella y las restantes fuentes del Derecho, que eran, por definición fuentes subordinadas. Esta situación constitucional ha cambiado radicalmente. Nuestra Constitución actual, como casi todas las europeas de la posguerra, es norma jurídica en el pleno sentido de la palabra. Dentro de ella el legislador no tiene más competencia que la que la propia Constitución le



de cada una de las fuentes en el sistema, incluida su propia posición en relación con las demás, lo que significa, por un lado, autolimitación, y por otro, potenciación de aquéllas<sup>166</sup>.

No en vano, tal misión comporta, de suyo, una función organizativa del ordenamiento en su conjunto que, aunque con limitaciones intrínsecas<sup>167</sup>, afecta directamente a la estructura del sistema material de fuentes dentro del mismo. En concreto, la función del Estado consiste en la adecuación de los mecanismos de producción normativa a las directrices marcadas en el sistema interno, de tal manera que el derecho positivo suponga, finalmente, la materialización de los valores, principios y fines que el derecho, como organización social trata de conseguir<sup>168</sup>. De este modo, mediante el

---

otorga (...). Es evidente que reducida así la ley a las decisiones dictadas en determinada forma por determinados órganos, que tienen competencias constitucionalmente limitadas, desaparece, o al menos se hace borroso el criterio diferenciador entre la ley y otras fuentes de producción del Derecho". Por eso la intervención legal en este terreno debe limitarse a la estrictamente necesaria para lograr la nitidez suficiente en la organización de la producción normativa, de tal manera que quede claro cómo se efectúa el reparto del poder normativo, y siempre en la medida en que el sistema en general o una fuente en especial así lo requiera. En todo caso, a pesar de la autosuficiencia que puedan tener algunas fuentes en su regulación, para su inserción en el sistema de producción jurídica del ordenamiento, siempre necesitará del auxilio de la ley para concretar su posición y sus relaciones con el resto de las fuentes. En definitiva, el problema se hace más enconado desde el momento en que se advierte que las normas sobre la producción jurídica "regulan fuentes, pero al mismo tiempo se incorporan al ordenamiento a través de las fuentes" (BALAGUER CALLEJÓN, op. cit., p. 63).

<sup>166</sup> Como acertadamente señala HELLER (op. cit., p. 204), "cuanto menos pueden los ordenamientos y órganos extraestales establecer y mantener la necesaria ordenación de la vida social, tanto más imperiosa será la urgencia de que el Estado se encargue de crear normas y de velar por su cumplimiento. Esto es cosa que comprueba la historia del Estado y es también, aplicable, en cada caso concreto, a la relación que actualmente existe entre Estado y Derecho". Sin perjuicio de que la argumentación se produzca en clave ordimentalista, pues ello no afecta a la validez del discurso, este concurso de la intervención normativa estatal no se refiere únicamente a la concreta regulación de situaciones de la realidad que específicamente lo necesitan, sino también al apoyo directo de la ley de otras formas de producir derecho ajenas al principio de soberanía, potenciación ineludible, pues es algo que le viene impuesto, de suyo, por la propia organización en que consiste el derecho en la medida en que sea más conveniente para el cumplimiento de los fines que la informan.

<sup>167</sup> En última instancia, el ejercicio del poder estatal está sometido a esa jerarquía de valores que domina la vida de la organización, es decir, a lo que HAURIU llamaba "la idea" (V. BADENES GASSET, op. cit., 187 y 256).

<sup>168</sup> No hay que olvidar que, como señala DE CASTRO (op. cit., p. 43), "el Derecho positivo es un intento, más o menos logrado de organizar la vida social de una comunidad en una determinada dirección (aspiración política). El Derecho de un pueblo significa: creación y ordenamiento de centros de poder político, reparto, adjudicación y defensa de poderes sociales, familiares y económicos, reglamentación de la transmisión y atribución de bienes".

proceso descrito, y sin perjuicio de las modulaciones derivadas de las "intervenciones" valorativas, cualquier eventual cambio social relevante tendrá su reflejo en el correspondiente cambio normativo adecuado a las exigencias planteadas<sup>169</sup>.

El Estado, en el cumplimiento de dicha función goza de unos márgenes, más o menos amplios, de discrecionalidad<sup>170</sup>. Estos márgenes, que no son fijos sino móviles, están situados entre el mundo de lo fáctico y el mundo de los valores. Desde ambas esferas la labor estatal se encuentra condicionada. Desde el mundo de lo fáctico, las limitaciones vienen impuestas por el conjunto de fuerzas sociales en continua pugna por hacer valer sus intereses de tal manera que el Estado los asuma como propios. Desde el mundo de los valores, los condicionamientos provienen de la necesidad de ajustarse a las directrices marcadas por el conjunto de ideales y fines asumidos por el conjunto de la sociedad. Entre uno y otro tipo de condicionamientos discurre la tarea del Estado que

---

<sup>169</sup> Por otro lado, hay que tener en cuenta que la institucionalización de la producción normativa, que se produce, como hemos visto, mediante el concepto de fuente del derecho, tiene como una de sus principales funciones conseguir que el ordenamiento jurídico sea eficaz, lo que, a diferencia de los sistemas autoritarios que consiguen este objetivo en base al incremento de su fuerza sancionadora, en los sistemas democráticos se produce mediante la actuación "sobre las reglas para obtener que lo que las reglas dicen se corresponda lo más posible con lo que los individuos hacen" (BOBBIO, "Normas primarias y normas secundarias", en Contribución...cit, p. 317).

<sup>170</sup> Entre ellos se desarrolla la llamada "Política del Derecho" ("Rechtspolitik"), que, de forma más general, como disciplina jurídica, versa sobre "cómo debe un orden jurídico en su totalidad y en sus diversas partes o sectores cumplir los fines a que aspira y hacerlo del mejor modo posible; qué caminos han de seguir la legislación, la jurisprudencia de los tribunales y la Administración pública para hacer efectiva la rectitud jurídica e implantar la justicia jurídica; cómo deben equilibrarse en el orden jurídico vigente las tensiones existentes entre los intereses individuales y el bienestar social; qué planes y medidas deben adoptarse para satisfacer las necesidades existentes" (RODRÍGUEZ MOLINERO, op. cit., p. 142). Siendo pacífico en la teoría política que esta labor le incumbe propiamente al Estado, la concreción del sistema de fuentes se lleva a cabo bajo la cobertura de la denominada "política del derecho", expresión comprensiva, por otra parte, de toda relación donde se pone de manifiesto las conexiones entre el derecho y el poder. De este modo, entendemos por política del derecho, bien, en términos generales, "la política que impone o aconseja la misma idea de Derecho", o bien, más concretamente, el "arte de dictar reglas jurídicas para que resulten socialmente eficaces, o de gobernar mediante el instrumental jurídico" (DE CASTRO, op. cit., p. 43 ss.), lo que es evidente es la radical inseparabilidad entre política y derecho que impone que el derecho sea también una decisión (DÍEZ PICAZO, op. cit., p. 172-173). En todo caso, la relación entre sistema de fuentes y forma de Estado es evidente. Como señala BALAGUER CALLEJON (op. cit., p. 59), "la forma de Estado y de Gobierno, en cuanto expresa una distribución del poder político, indica ya, en mayor o en menor medida, cómo se distribuye el poder normativo en el ordenamiento jurídico", y ello a pesar de que "no existe una congruencia completa entre ambas variables".

consiste en trazar, mediante el derecho, el rumbo adecuado<sup>171</sup>.

Como hemos señalado, por imperativos del devenir histórico, la ley ha ido perdiendo el papel hegemónico como fuente del derecho, que gozara en otro tiempo, debiendo compartir, en la actualidad<sup>172</sup>, su función ordenadora de la realidad con normas de diversa naturaleza y emanadas mediante otros cauces procedimentales, en cierto modo, más adecuados a la parcela concreta que se pretende regular. En conclusión, para la realización de los fines generales a los que se orienta el derecho, haciendo de éste un instrumento dinámico al efecto, el Estado, como ente organizativo, debe tener en cuenta que la posición de la ley, aunque importante en términos comparativos, en la ordenación de la realidad, no debe anular la autonomía del resto de las fuentes que concurren ella, sino considerarlas coadyuvantes en aquella

---

<sup>171</sup> Sobre el impulso que ha tomado esta vertiente "directora" del Estado, debido a las profundas transformaciones introducidas por el Estado del Bienestar y la consecuente redefinición del los fines encargados a la acción estatal, para cuya realización se instrumentaliza al derecho, v. BOBBIO: "La función promocional del derecho", en *Contribución...cit.*, p. 371 ss. Ese cambio de fines provoca, obviamente, la incorporación de nuevas técnicas de control social totalmente distintas de las tradicionales del Estado liberal clásico. Como señala BOBBIO, "esta innovación pone en crisis algunas de las más conocidas teorías tradicionales del Derecho que derivan de una imagen extremadamente simplificada del mismo" (p. 372). La alusión, es obvio, va dirigida a las teorías formalistas y, señaladamente, a la kelseniana. Por otra parte, en conexión con este carácter directivo del Estado, acentuado tras la segunda postguerra y especialmente relevante en el terreno económico-social, se puede decir que el derecho añade a su tradicional función protectora-represiva, una función típicamente promocional. Como señala BOBBIO ("Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen", *cit.*, p. 254), "desde que el Estado asume la tarea no solamente de controlar el desarrollo económico, sino de dirigirlo, el instrumento idóneo para esta función no es ya la norma reforzada por una sanción negativa contra quienes la transgreden, sino la directiva económica, que a menudo viene reforzada por una sanción positiva en favor de quienes se conforman a ella, como ocurre, por ejemplo, en las llamadas leyes de incentivación"... "Se trata de pasar de la concepción del Derecho como forma de control social a la concepción del Derecho como forma de control y de dirección social".

<sup>172</sup> La vertiginosidad de la evolución de nuestra sociedad actual, jalonada de continuos cambios en todos los órdenes, ha transformado profundamente los tradicionales esquemas jurídico-políticos, que quedan sometidos a una revisión, aún no acabada, de sus principios esenciales. Mientras tanto se consigue llegar a una redefinición de los mismos, conviene seguir el consejo de BOBBIO que, impregnado de lucidez histórica, afirma la improcedencia e inadecuación de la utilización, en épocas de transformaciones sociales, de los criterios ofrecidos por las leyes para la resolución de los conflictos (v. CALSAMIGLIA, *Introducción...cit.*, p. 106). Por otro lado, como afirma RIPERT (*op. cit.*, p. 410), esta pretensión, propia de un positivismo a ultranza, sería a todas luces contraproducente pues traería como resultado la existencia de un orden jurídico real diferente al orden jurídico formal, lo que "es inevitable en una organización del Estado que hace del poder legislativo la única fuente del derecho".

finalidad<sup>173</sup>.

### 3.2.- La negociación colectiva y el papel del legislador en la organización de la producción normativa.

El proceso de juridificación de la negociación colectiva como fuente del derecho comporta, además de otorgar carta de naturaleza jurídica a un fenómeno de indudable relevancia social, la necesidad de definir el lugar exacto que debe ocupar en el sistema de fuentes<sup>174</sup>. Esa posición final es fruto, en última instancia, de un juicio valorativo que modula la originaria relevancia fáctica del poder social, y tiene como punto de referencia al sistema de valores y fines generales que está llamado a cumplir el derecho como organización social. De este modo, la orientación que prescribe el sistema de valores afectará a las normas positivas que son las que deben hacerla efectiva. Pero, previamente, esa orientación se concreta, en cada momento, en una determinada disposición del sistema de producción normativa, lo que se lleva a cabo mediante la priorización o postergación funcional de unas u otras fuentes.

Trasladando las anteriores conclusiones al proceso de juridificación formal de la negociación colectiva, se impone, por tanto, que el estudio del papel del legislador quede desglosado en los dos planos antes señalados. Como hemos visto, la intervención del legislador en el plano de la

---

<sup>173</sup> Como acertadamente señala CESARINI SFORZA (El derecho de los particulares, cit., p. 52), en definitiva, "la superioridad estatal consiste no en la negación de otras posibles fuentes del Derecho, sino en ser el Estado el ente que aplica la parte más grande y más importante de este Derecho".

<sup>174</sup> V., al respecto, MARIUCCI (La contrattazione...cit., p. 301 ss.). En todo caso, dicha posición debe ser, sin duda, privilegiada. Como apunta BOBBIO ("Derecho y ciencias sociales..."cit., p. 225), "en una sociedad industrial de tipo conflictualista, el convenio colectivo se convierte para una enorme masa de personas en una fuente de reglas de importancia bastante más vital que la mayor parte de las leyes y leyecitas emanadas de los órganos legislativos". Por otra parte, como afirma VARDARO (op. cit., p. 115), sobran razones para la potenciación de este tipo de "derecho particular", a la vista de sus ventajas, concretadas, por un lado, en el "mantenimiento del carácter pluralista y diferenciado de la sociedad", y por otro lado, en que "evita el riesgo de un crecimiento desmesurado de la complejidad interna del sistema jurídico-estatal".

creación jurídica difiere, en cuanto a su significado y límites, del que puede desplegar en el ámbito de la aplicación; y ello, claro está, sin perjuicio de la conexión existente entre ambas fases.

Situados en el plano de la creación jurídica, la organización del sistema de producción de normas colectivas se concreta en el establecimiento de los diferentes cauces por los que la negociación colectiva, en tanto que fuente material, va a encontrar expresión normativa<sup>175</sup>. Se trata, por tanto, de la formalización jurídica de ese poder normativo potencial con el objeto de crear normas de origen colectivo. Como quiera que esta formalización puede adoptar una pluralidad de manifestaciones "típicas", todas ellas concebidas en función de las necesidades reguladoras de los sujetos colectivos, se podrá hablar, en relación con el conjunto de "tipos" posibles, de una pluralidad de fuentes formales de origen convencional. Cada una de ellas, por tanto, será el instrumento de regulación arbitrado para responder a una determinada exigencia ordenadora demandada por la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo.

La configuración tipológica de cada una de estas fuentes formales del derecho colectivo, a pesar de su diversidad, deberá cumplir, no obstante, con las exigencias que se derivan de su naturaleza, es decir, del hecho de ser expresión formalizada de un poder normativo o fuente material del derecho (la negociación colectiva). De ahí que la principal función de la aludida tipificación no es otra que la de garantizar la concurrencia de los elementos esenciales que integran dicho poder de regulación, y que, principalmente, se refieren a la determinación de los sujetos legitimados en cada caso, del procedimiento a seguir, de los contenidos negociales. De esta manera, la norma producida conforme a las exigencias establecidas será, finalmente, una manifestación concreta de aquel poder colectivo juridificado (autonomía colectiva). El cumplimiento de las normas

---

<sup>175</sup> Es lo que se ha denominado "procedimentalización de la negociación colectiva" (WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 50).

tipificadoras, es decir, de las llamadas "normas sobre la producción jurídica" (NSP), será, por tanto, condición de validez de las normas colectivas<sup>176</sup>.

Llegados a este punto, es preciso determinar qué naturaleza tienen estas "normas sobre la producción de normas" o, más concretamente, cuál es el poder normativo en el que encuentran su fundamento<sup>177</sup>. La respuesta a esta cuestión, a la vista del derecho comparado, no ofrece lugar a dudas. Las NSP pueden ser tanto de origen convencional<sup>178</sup> como de procedencia legal<sup>179</sup>. En efecto, un repaso a las diversas experiencias nacionales nos revela la existencia, bien de sistemas autónomos<sup>180</sup>, bien de sistemas

---

<sup>176</sup> Sobre los caracteres específicos de estas normas instrumentales o de "segundo grado", v. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 12 ss.

<sup>177</sup> En general, esta problemática se inserta en la que suscitan comúnmente las NSP. En efecto, como señala BALAGUER CALLEJON (op. cit., p. 25), dicho problema consiste en que las NSP son normas sobre fuentes que son emanadas, a su vez, por una fuente. BOBBIO (op. cit., p. 312) las denomina, por ello, "normas relativas a normas". Según este autor, "una norma sobre la producción jurídica puede ser considerada: a) desde el punto de vista funcional, como norma que sirve para la modificación interna del sistema en cuanto que regula los procedimientos a través de los cuales las normas del sistema pueden ser modificadas (Hart las llama, en efecto,, <normas de cambio>; b) desde el punto de vista jerárquico, como norma que está en el vértice del sistema, en cuanto que, mientras ella tiene el poder de derogar a las demás normas del sistema (la relación jerárquica es una relación de poder), las demás normas del sistema no tienen el mismo poder sobre ella". En esencia constituyen, si son de origen estatal (lo que no siempre acaece, v. MARIUCCI, La contrattazione...cit., p. 306-307; las cursivas son nuestras), el instrumento para llevar a cabo determinada política jurídica (v. ut supra), y en base a tal función debe ser evaluada su adecuación, siempre tomando como referencia el modelo diseñado en el sistema interno (es decir, en relación con la negociación colectiva, el correspondiente "tipo jurídico estructural" (v. infra).

<sup>178</sup> Es precisamente su capacidad de organizar un conjunto de normas sobre la producción jurídica (NSP de elaboración autónoma) lo que ha llevado a un cualificado sector de la doctrina a considerar como ordenamiento autónomo ("intersindical") el sistema configurado en torno a las relaciones colectivas de trabajo. En este sentido, GIUGNI (op. cit., p. 48) señala que "el punto de individualización del ordenamiento es, exactamente, la existencia de un sistema autosuficiente de normas sobre la producción jurídica, en el cual, precisamente, se resuelve el fenómeno organizativo".

<sup>179</sup> En efecto, como afirma DESPAX (op. cit., p. 192), "está fuera de toda duda que una simple negociación contractual pueda, independientemente de toda delegación legal, constituir una fuente autónoma del derecho".

<sup>180</sup> En efecto, la experiencia comparada ofrece ejemplos ilustrativos de esta autosuficiencia organizativa. Son los clásicos modelos de "abstention of the law", propios de los sistemas jurídicos anglosajones (v. MARIUCCI, La contrattazione...cit., p. 11 ss.). En el caso italiano, pudiera parecer extraña tal adscripción, tratándose de un sistema jurídico típicamente continental (sobre las peculiaridades del modelo italiano, especialmente en relación a las razones de la "astensione della legge", v. VARDARO, Contrattazione...cit., p. 59 ss.; asimismo, MARIUCCI, op. cit., p. 27 ss., esp. p. 30). Sin embargo, la razón de ser de la inexistencia de un "derecho de los convenios colectivos", propiamente

heterónomos<sup>181</sup>, o bien, y esto es lo más común, de sistemas mixtos, donde confluyen normas de ambos tipos en la ordenación de la producción de normas colectivas a través de un enriquecedor proceso de colaboración internormativa. De este modo, como fuente genuinamente extraestatal, es decir, como proceso productor de normas vinculantes entre los sujetos pactantes, no necesita, a priori, de la intervención estatal para establecer la validez y asegurar la efectividad de esos productos normativos<sup>182</sup>. Su existencia y efectividad es, en este estadio, independiente del concurso del aparato estatal<sup>183</sup> que, puede inhibirse de toda actuación positiva, limitándose a coexistir pacíficamente<sup>184</sup>.

Partiendo de esta constatación, hay que poner de manifiesto que, en todo caso, la posibilidad de que la organización del sistema colectivo de fuentes formales pueda

---

dicho (el "Statuto", incentiva la negociación en la empresa mediante el reforzamiento de la presencia sindical en este ámbito, pero no se ocupa en concreto de la dinámica negocial, v. MARIUCCI, op. cit., p. 312 ss.), está en la reacción postcorporativista contra todo tipo de intervención estatal (v., en este sentido, GHERA: "Su ideologia e metodo nella dottrina del diritto sindacale" en Il pluralismo e il diritto del lavoro, EL-ROMA, 1982, p. 208 ss.). El convenio colectivo, sustrayéndose de toda "intolerable" injerencia estatal, busca en el derecho privado el modo de llevar a cabo el correspondiente y necesario proceso de juridificación formal. Ello no obstante, aún siendo el modo en el que tradicionalmente se han solventado las paradojas de la apuntada adscripción "contra natura", no ha sido, ni mucho menos, una solución pacífica, como demuestra la dimensión del debate suscitado al respecto por la doctrina italiana, principalmente centrado en solventar, desde el punto de vista metodológico, los problemas que se planteaban con la, ahora pujante, intervención estatal en materia de negociación colectiva en el sector público, y con la promoción del convenio de empresa (v., por todos, VARDARO, Contrattazione...cit., passim).

<sup>181</sup> En efecto, teniendo en cuenta la posibilidad de que sean los propios sujetos sociales los que instituyan dicho sistema de forma autónoma (v., en relación con la experiencia italiana, MARIUCCI, La contrattazione...cit., p. 306 ss.), la intervención (heterónoma) de la ley al respecto es, simplemente, una vía alternativa a aquélla. Destacando esta alternatividad, v. los ejemplos suministrados por WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 51 ss.

<sup>182</sup> En este sentido, VENEZIANI (op. cit., p. 135), señala cómo en algunos países, la regla general es la "no intervención en la fase preparatoria del iter procedimental, en la estructura y en los contenidos del procedimiento negocial. Procedimiento, fisonomía y objeto de la negociación vienen, en general, determinados por los mismos protagonistas". Como ejemplo de este "self-restraint" legislativo señala, además del inglés, el propio modelo italiano. Sin embargo, a éstos, además, se les puede añadir el significativo ejemplo del modelo danés (v. DESPAX, op. cit., p. 180 ss.).

<sup>183</sup> En este sentido, se constata el hecho de que "las partes sociales son libres de efectuar su actividad de producción de normas sin ninguna interferencia externa" (MARIUCCI, La contrattazione...cit., p. 306).

<sup>184</sup> En general, sobre la "compleja integración" entre ley y negociación colectiva, v. GIUGNI, Diritto sindacale, cit., p. 25 ss.

llevarse a cabo, indistintamente, mediante NSP de origen autónomo o heterónomo, no es otra cosa que una consecuencia directa de la superación de la dicotomía monismo/pluralismo antes analizada<sup>185</sup>. En este contexto, una valoración global sobre el significado y alcance de la intervención del Estado al respecto, teniendo en cuenta su papel en la organización del sistema de fuentes<sup>186</sup>, arroja los siguientes resultados.

En primer lugar, no parece que la legitimación de esta intervención ofrezca la menor duda. El título legitimador de la misma se encuentra en la función de "indirizzo político" que, como hemos visto, corresponde en exclusiva al Estado. Dicha función se concreta, a nuestros efectos, en la organización de las estructuras jurídicas concretas conforme a los parámetros rectores del conjunto del ordenamiento, como corresponde a la carácter unitario del derecho y a la obligada cohesión interna de todos sus elementos que se desprende, en definitiva, de haber sido concebido como sistema. La relevancia de la negociación colectiva en la ordenación de una parcela de la realidad social de la importancia de las relaciones de producción, no puede pasar, de ningún modo, desapercibida para el derecho estatal, que, en base a su papel protagonista de "ejecutor" de la organización del sistema de fuentes diseñado en el sistema interno, acaba interviniendo<sup>187</sup>, en su caso, para hacerlo

---

<sup>185</sup> No hay que olvidar que la superación del problema tenía como presupuesto la ruptura de la equivalencia Derecho=Ley. En efecto, como apunta ZAGREBELSKY (Manuale... cit., p. 257) dicha superación trae como consecuencia que el convenio colectivo sea concebido como "el producto de una fuente fundada sobre la constitución, independientemente de la ley: por eso, en este sentido, el sistema de las fuentes no es monista sino pluralista".

<sup>186</sup> V. ut supra, 3.1.1.

<sup>187</sup> En la experiencia anglosajona, tan insólito hecho acaece con la promulgación, en el Reino Unido de la "industrial relations act" de 1971. Si bien esta inauguración del labour law no fue demasiado fructífera (v. KAHN-FREUND, op. cit.), quizás porque la finalidad de esta serie de normas no era la promoción de la fuente negocial, sino su degradación (v., en este sentido, WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 47). En Estados Unidos, la introducción del exclusive bargaining agencies supuso una intervención dirigida a racionalizar la negociación colectiva, aunque a costa de una cierta reducción de la acción colectiva (art. ult. cit., p. 58). En general, un ilustrativo repaso al "derecho comparado de los convenios colectivos", en DESPAX, op. cit., p. 139 ss.



efectivo en el plano positivo<sup>188</sup>.

En segundo lugar, y sin perjuicio de lo anterior, de la función misma de esa intervención, se deduce su carácter subsidiario. En efecto, siendo legítima, la concurrencia del poder del Estado en la organización de un sistema de producción de normas colectivas se configura como respuesta frente a una eventual falta de poder colectivo para su instauración. Por el contrario, constatada la autosuficiencia de los propios sujetos sociales para dotarse de dicho sistema, la intervención del Estado devendría superflua y, de concurrir, tendría efectos contraproducentes para la funcionalidad del mismo<sup>189</sup>.

Ello se debe a que, en tercer lugar, el contenido de la intervención legal se concreta en el apoyo técnico para hacer efectivo el cumplimiento de las garantías aludidas<sup>190</sup>, integrando, de este modo, eventuales carencias, no sólo en relación con la facultad de autonormación, sino respecto de cualquier otro elemento estructural<sup>191</sup>. De este modo, el

---

<sup>188</sup> En este sentido, v. GIUGNI, op. cit., p. 109. Para este autor, por tanto, sin poner en duda el carácter de "fuente iure proprio de producción jurídica" de la negociación colectiva, no está, sin embargo, "privado de significado el hecho que el mismo legislador haya intervenido, en no pocos países, para garantizar, con la aportación de su superior fuerza coercitiva, esta exigencia, primaria y elemental, de continuidad de las relaciones colectivas". Esta finalidad ha sido lograda "aplicando medios técnicos variados, entre los cuales, se pueden citar, por ejemplo, el sistema de ultraactividad o de la llamada obligación de negociar" (ib.).

<sup>189</sup> Un ejemplo contemporáneo de "hiperintervencionismo", lo encontramos en los sistemas de relaciones laborales latinoamericanos (v., al respecto, el estudio comparativo de VENEZIANI: "Negociación colectiva y disciplina autónoma del conflicto", en La negociación colectiva en América Latina, IERI/TROTTA, 1993; p. 33 ss.).

<sup>190</sup> Para FERRARO (op. cit., p. 290) este papel organizatorio de la ley en relación con la negociación colectiva se puede desglosar, a su vez, en dos funciones: por un lado, la, más genérica, "función direccional o de programación"; por otro, la "función auxiliar" dirigida a integrar, de diversas formas, la eficacia del convenio (v. infra).

<sup>191</sup> No hay que olvidar que el proceso de juridificación formal de la autonomía colectiva es un proceso tripolar, es decir, afecta a los tres aspectos en que aquélla se desglosa. Por lo tanto, no sólo habría que tener en cuenta la intervención legal sobre la organización procedimental de la negociación colectiva, es decir, el conjunto de "normas sobre la producción jurídica" (NSP) dictadas al efecto, sino también aquélla que, de alguna manera, afecte a la organización de los sujetos y a los medios de autotutela. La conexión entre los diferentes elementos estructurales de la autonomía colectiva, siendo indiscutible, provoca que la intervención directa del legislador sobre cualquiera de ellos incida de forma indirecta, pero inmediata, sobre los demás. En este

apoyo puede ir dirigido a corregir defectos que se detecten tanto en la esfera de la autoorganización como en la de la autotutela de los sujetos colectivos pues, en última instancia, ello incide directamente en la existencia de un verdadero poder negociador<sup>192</sup>. La intervención del Estado, siendo eventual, debe limitarse al restablecimiento de la capacidad negociadora de las partes<sup>193</sup>.

---

sentido, VENEZIANI, op. cit., 130 ss.

<sup>192</sup> Fundamentalmente, la valoración de la idoneidad y alcance de la intervención de la ley sobre esferas de la autonomía colectiva distintas a la autonormación, es decir, sobre las de autoorganización y autotutela. No hay que olvidar que una efectiva potenciación del papel del convenio en la ordenación de las relaciones laborales no se consigue con invitaciones, más o menos genéricas, a la negociación, sino con el "sostenimiento de la actividad sindical", y, en última instancia, con el reforzamiento de la posición del sindicato en los distintos ámbitos negociales (GIUGNI, Diritto sindacale, cit., p. 21). De forma señalada, el hecho de que un determinado sistema de relaciones industriales sea de base pluralista o, por el contrario, unitaria, siendo una opción de política legislativa, influye directamente en la estructura y alcance de la negociación colectiva (v., en este sentido, MARIUCCI, La contrattazione... cit., p. 21 ss.).

<sup>193</sup> Un ejemplo ilustrativo de la necesaria observancia de la conexión entre las distintas esferas de la autonomía colectiva (y del modo en que se produce), por parte de la acción estatal en materia de relaciones colectivas de trabajo, la encontramos en el derecho positivo internacional. En este sentido es elocuente la formulación contenida en el art. 4 del Convenio n° 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, que expresamente prescribe que "deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de trabajo" (las cursivas son nuestras y quieren poner de manifiesto el carácter eventual con el que se concibe la intervención estatal en la materia, algo que, dentro de experiencias concretas, la inercia histórica no permite ver con claridad (v. infra.)). Así, para VENEZIANI (op. cit., p. 138), "la tasa de penetración de la ley es directamente proporcional a la densidad de la competencia intersindical e inversamente proporcional a la presencia y grado de elaboración de las reglas fijadas por las organizaciones sindicales para regular sus propios equilibrios con la contraparte". Ahora bien, ello no significa que el Estado deba de controlar a los sujetos sindicales, de manera que sean "sujetos auxiliares" del mismo, ya que entonces la "función normativa" desarrollada por éstos no proviene de la que llamamos "autonomía colectiva" (Cfr., en este sentido, la visión corporativista de SANTI ROMANO en "Contratti collectivi di lavoro e norme giuridiche", ASC-1930; p. 33). Por otra parte, hay autores (GIUGNI, Diritto Sindacale, cit., p. 20-21) que, destacando la instrumentalidad de las normas que disciplinan el elemento organizativo del fenómeno sindical ("legislazione promozionale e di sostegno") en relación con el carácter central ocupado por la producción jurídica autónoma, justifican la intervención legal directamente dirigida a corregir disfuncionalidades del sistema negocial. Así, cuando el reconocimiento de la libertad sindical no fuera suficiente para garantizar el equilibrio de poder en la negociación entre empresarios y trabajadores, el establecimiento por el Estado de principios aplicativos tales como el de favor, no iría en contra de la neutralidad que éste debería observar, ya que como señala MENGONI ("Legge e...cit.", p. 696), "el Estado puede observar una postura de neutralidad únicamente después de haber garantizado que los resultados del conflicto no podrán, en ningún caso, modificar en disfavor de los trabajadores los equilibrios ya consolidados por la ley". En el mismo sentido, poniendo de relieve los límites que debe observar la intervención legal en la esfera organizativa, presupuesto necesario para poder hablar de negociación colectiva, v. ZACHERT: "La autonomía de los sindicatos y la intervención del Estado en la negociación colectiva" en La negociación colectiva en América Latina, cit., p. 133 ss.

En cuarto lugar, los límites a los que genéricamente se somete la intervención legal provienen, en definitiva, de la propia naturaleza de fuente material de la negociación colectiva. Dichos límites vienen impuestos por la propia organización del sistema de fuentes que, efectuada en el plano constitucional, aparece preordenada a la ley<sup>194</sup>, cuyo papel queda restringido a hacer efectiva dicha organización respetando, en todo caso, la configuración de la negociación colectiva como fuente autónoma del derecho<sup>195</sup>. La insoslayable observancia de estos límites se debe al peligro de que un exceso de intervencionismo acabe por convertir a la negociación colectiva en un instrumento para la consecución de fines distintos a los propios<sup>196</sup>, desvirtuando, en suma, la función normativa que le ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico<sup>197</sup>. En este sentido, la negociación colectiva como fuente del derecho, es decir, como forma de producción normativa incorporada al sistema general del ordenamiento jurídico, puede ostentar, eventualmente, una importancia sobredimensionada en relación con su peso en la realidad social. Esta potenciación sería el resultado de una valoración positiva de esta forma de ordenación de la realidad, al considerarla una de las formas

---

<sup>194</sup> Parece evidente que, por su propia naturaleza, dicho sistema se imponga al ordenamiento positivo, sin que ninguna fuente en particular, sea cual sea, pueda romper el delicado equilibrio logrado, base, por otra parte, del consenso general sobre el que se organiza el Estado y la Sociedad. Consenso que, por su parte, se materializa en la Constitución, norma supraordenada a la ley, y que, por ello, convierte a ésta en "sólo una forma del Derecho entre otras, no todo el Derecho" (RUBIO LLORENTE: "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución", cit., p. 34).

<sup>195</sup> Y ello, sin prejuzgar ahora dónde deban ser colocados dichos límites, cuestión que, por prestarse a soluciones heterogéneas, en función de variables de diversa índole y que habrá que valorar atendiendo a las peculiaridades de cada realidad en concreto, deberá postergarse en su tratamiento al momento adecuado (v. infra).

<sup>196</sup> Destacando la "peligrosidad" de la política legislativa reguladora del convenio colectivo ("heterocodificación especial"), v. VARDARO, *Contrattazione...cit.*, p. 64 ss.).

<sup>197</sup> No hay que olvidar que, a pesar de todo, el "fin sustancial" del convenio como fuente (formal) del derecho del trabajo, sigue siendo "el establecimiento de una condiciones de prestación de trabajo más justas y adecuadas a la dignidad del trabajador, moderándose los efectos que resultarían del libre juego de la autonomía privada" (RODRÍGUEZ-PINERO, op. cit., p. 180). Por eso, la función de la negociación colectiva es restaurar la libertad de contratación que, frente al empresario, ha perdido el individuo (GIUGNI, op. cit., p. 8). Conviene retener este dato fundamental para valorar debidamente, y a pesar de la evolución histórica, cuál deba ser el papel de la negociación colectiva en la actualidad.

más adecuadas de alcanzar los fines generales del derecho<sup>198</sup>. De esta manera, en la determinación del sistema de fuentes la posición ocupada por cada una de ellas dependerá, en última instancia, de las reglas de ordenación que impone la realización de esos fines<sup>199</sup>. Por ello, lejos de definir todos los contornos de la fuente colectiva<sup>200</sup>, la intervención del Estado<sup>201</sup> debe quedar circunscrita dentro del marco definido por los elementos fácticos y valorativos concurrentes entre cuyos márgenes, como hemos visto,

---

<sup>198</sup> En este sentido, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 58-59, que enumerando las virtudes de diversa índole de la norma convencional, destaca el hecho de ser "un poderoso instrumento de la política de la convivencia social y, por tanto, un medio eficaz del logro del fin ético que al Estado corresponde en su consecución del Bien Común" (p. 59). En parecidos términos, DESPAX, op. cit., p. 1 ss.; CHAUCHARD, op. cit., p. 37).

<sup>199</sup> Como señala GALLART Y FOLCH (op. cit., p. 125), "el grado de este reconocimiento y las garantías para otorgarlo dependerán de las circunstancias sociales del respectivo país, pero debiendo ser efectivo en todos; aparentar ignorar o prescindir de esta norma, es alentar la anarquía jurídica".

<sup>200</sup> Pretensión, por otra parte, de difícil cumplimiento, pues, como señala GUIGNI (*Diritto sindacale*, cit., p. 21), "el legislador no está en condiciones de individualizar todas las zonas de posible rozamiento entre las exigencias técnico-productivas y las de salvaguardia de los valores humanos conexos al desarrollo del trabajo".

<sup>201</sup> La experiencia histórica ofrece ejemplos suficientes de que cómo este hecho provoca una inexorable "deformación" de la negociación colectiva como fuente (GUIGNI, op. cit., p. 88-89). De este modo, para poder hablar con propiedad de negociación colectiva como fuente del derecho es preciso la concurrencia de unos presupuestos esenciales (libertad sindical, derecho de huelga), que son inseparables de dicha noción y sin los cuales sólo es posible efectuar ejercicios de ciencia ficción (en relación con la experiencia corporativa italiana, GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 134 ss., destaca "el empeño de los juristas fascistas, de demostrar que su sistema sindical se mueve en el ámbito de la libertad sindical", que, por supuesto, inevitablemente, "resulta estéril"). Un ejemplo ilustrativo al respecto lo encontramos en nuestra concreta experiencia histórica. En efecto, en la etapa franquista, como en toda experiencia corporativa (v., en relación con la italiana, CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, CEDAM-PADOVA, 1932; esp., p. 44-71; MANCINI, *Libertà sindacale...* cit., p. 140 ss.; MENGONI, "Il contratto..." cit., p. 264-265.), no había poder sindical propiamente dicho, de manera que, según hemos expuesto, la "negociación colectiva" que se desarrollaba nunca podría ser fuente del derecho, ni, consecuentemente, los convenios nunca serían propiamente normas. Y todo ello, con independencia de lo que estableciese al respecto su correspondiente "definición legal", ya que precisamente al definir la fuente, y no contentarse con "apoyarla", lo que hacía era constituir la como tal y, por ende, preordenar el resultado. Como consecuencia directa de ello, la fuente colectiva quedaba reducida a una simple habilitación legal o delegación limitada, lo que acababa, obviamente, por desnaturalizarla: al ser una fuente "legalizada", su instrumentalización era evidente, quedando a la merced del poder político para la consecución de cualquiera de sus fines específicos, los cuales no eran necesariamente coincidentes con la función que ésta fuente estaba llamada a cumplir (v. *ut supra*). En definitiva, para la descripción de este tipo de experiencias son elocuentes las palabras de SINZHEIMER ("La théorie des sources..." cit., p. 77): "Así, sin modificación intrínseca, los convenios colectivos han cambiado, sin embargo, de naturaleza, ya que las fuerzas libres que le servían de fundamento han desaparecido".

despliega su función organizativa del sistema de fuentes<sup>202</sup>.

Cualquier extralimitación en este sentido supondrá desnaturalizar el sistema, poner en peligro los equilibrios institucionales y, en última instancia, volver a la instrumentalización de la negociación colectiva en favor de intereses derivados de la mera coyunturalidad política. Esto no significa otra cosa que su propia negación al quedar eliminada la autonomía colectiva por un legalismo a ultranza<sup>203</sup>, por otra parte, siempre al servicio de intereses partidistas, una vez que ha quedado superado el mito de la ley como producto de la "voluntad general"<sup>204</sup>. De este modo, lo que podría suponer un contrapunto a este producto de la degeneración del funcionamiento de las instituciones

---

<sup>202</sup> La importancia práctica dependerá, a su vez, de variables tales como el poder efectivo de los grupos sociales intervinientes, que a su vez, estará en función de la forma de organización y del grado de implantación social; también la existencia de una práctica negocial consolidada (la llamada "cultura del pacto") es un elemento a tener en cuenta para evaluar el peso relativo de esta forma de producción normativa. Pero hemos visto como el dato fáctico, aun siendo fundamental para la determinación del sistema de fuentes, no es, sin embargo, el único elemento a tener en cuenta para efectuar esa determinación. No hay que olvidar la organización de los modos de producción jurídica de un determinado ordenamiento se incardina en el mundo del derecho, cuya realidad es diferente a la estrictamente social. En efecto, el establecimiento de la negociación colectiva como fuente del derecho de un ordenamiento no es un proceso de trasposición automática de una realidad social que nos viene dada al ámbito de lo jurídico. Por el contrario, se trata de un proceso "intervenido", es decir, que introduce elementos valorativos en la manera en que se produce aquella trasposición (v., en este sentido GIUGNI, op. cit., p. 86-91). De esta manera, el resultado final, es decir, su propia configuración y el lugar que ocupe definitivamente en el sistema de fuentes no será un "retrato jurídico" de la realidad social, sino que puede haber sido objeto de una modulación, al alza o a la baja, que acabe reflejando un deber ser (no olvidemos que el derecho es, en esencia, prescriptivo y no descriptivo): en este caso, cómo debe ser la configuración funcional de la negociación colectiva, es decir, cuál deba ser su alcance como fuente del derecho, y ello, con relativa independencia de cómo sea en la realidad, como manifestación de un poder social autónomo.

<sup>203</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 176 ss. Como hemos apuntado, este es un problema que trasciende la relación ley/negociación colectiva, situándose en el contexto, más general, de la clásica problemática ley/fuentes del derecho (v. ut supra). Sobre los términos en que se ha planteado tradicionalmente esta problemática, v. GENY, Método...cit., p. 220 ss.

<sup>204</sup> En este sentido, MENGONI (art. ult. cit., p. 182), que, después de poner de manifiesto cómo la contraposición entre interés general/interés particular, sin dejar espacio a los intereses de grupo, constituye "el defecto cardinal del modelo constitucional clásico", concluye afirmando que "no existe una voluntad general preconstituida que se imponga desde fuera: la voluntad general no es un concepto ontológico, sino dinámico funcional, es decir, no puede expresarse si no como resultado final de un proceso de contraposición y equilibrio, de síntesis dialéctica, de todos los intereses particulares, más o menos organizados, en los cuales se articula la sociedad". En general, sobre la llamada "crisis de la legalidad", v. ZAGREBELSKY, Manuale...cit., p. 32 ss.

democráticas<sup>205</sup> (es decir, el desequilibrio de poderes en favor del ejecutivo y, por ende, del aparato del partido correspondiente), queda reducido, por esa misma razón (el poder político tiende siempre a destruir todo obstáculo que impida su total despliegue<sup>206</sup>), a ser un instrumento más del poder político<sup>207</sup>, si bien con la ventaja añadida de quedar camuflado bajo la aureola de una, sólo nominal, "negociación colectiva"<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> No hay que olvidar que, como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ("La negociación colectiva" en Acción sindical y sindicalismo, AYUSO-MADRID, 1977, p. 110-111), "la democracia parlamentaria, el sistema parlamentario, está francamente en crisis en Europa, y la experiencia ha sido que los partidos políticos no sirven como único cauce en un sistema democrático (...). Hay que crear, pues una serie de instrumentos y vías paralelas al propio poder político para señalar alternativas a la propia sociedad, y uno de los cauces fundamentales que se prevee para esto es precisamente el cauce sindical, a través del sindicato como contrapoder social (...). Esta idea persite incluso cuando tenemos en el poder un Gobierno de izquierdas".

<sup>206</sup> En este sentido, VARDARO (op. cit., p. 111 ss.), compartiendo las tesis de LUHMANN sobre el peligro de "estatalización-politización del ordenamiento", consecuencia de un abuso en la utilización del instrumento legal, promueve como solución la necesidad de "una contratendencia" consistente en la conservación de las estructuras jurídicas extraestatales. Dicha contratendencia se concreta en el mantenimiento y potenciación de dos polos básicos: los derechos fundamentales y los sistemas jurídicos no estatales. Sólo de esta forma se evitará la caída de la necesaria diferenciación social (como hemos visto, esta es una de las principales funciones del derecho), reafirmando de paso, la propia autonomía del Estado.

<sup>207</sup> De esta manera, la "excesiva preocupación por lo económico" de los Estados postsociales no puede llevarnos, como en otras épocas (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 180), a que "en el convenio se vea primeramente un instrumento económico", es decir, "un importante medio para conseguir las reformas económicas que el Gobierno lleva entre manos", justificándose, por tanto, los inevitables topes salariales. Ello significaría, perder de vista "la función esencial del convenio", lo que le haría "perder su espíritu reivindicativo o de tutela de intereses", entrando en "el terreno de lo económico o mercantil" (p. 181). Como ya advertía GIUGNI (op. cit., p. 9), hay que tener presente (entonces y ahora) que "los autores de "los planes de desarrollo" tienden a infravalorar totalmente el momento de la autodeterminación, considerando actividades sindicales, convenios colectivos como fastidiosas interferencias en la elaboración y en la actuación de los "esquemas" teóricos". Desde esta perspectiva, en definitiva, el convenio se convierte en un instrumento de "normación económica", siendo más dúctil que la ley, es utilizado por el Estado de forma preferente, y ello, por su mayor eficacia para conseguir objetivos de política económica (generalmente, reducción salarial). Un ejemplo de esta instrumentalización del convenio, cuyo fin era descargar sobre las organizaciones sindicales "la responsabilidad de hacer pagar a los trabajadores el coste de la crisis", acentuando, por otra parte, la "función meramente administrativo-tarifaria" del convenio, la encontramos en la Alemania prenazista (VARDARO, Contrattazione... cit., p. 42 ss.).

<sup>208</sup> Aquí puede insertarse la problemática actual que representa el neocorporativismo. En efecto, la búsqueda de una salida negociada a la crisis del Estado del bienestar ha propiciado, en todos los países de nuestro entorno, una cierta tendencia a la institucionalización pública de las relaciones industriales. Las causas fundamentales de esta actitud del poder político es la búsqueda de nuevas fórmulas para suplir la creciente pérdida de legitimación en la que vienen cayendo los Estados en la llamada etapa "postsocial". Ello ha supuesto la incorporación de los sujetos sociales a los procesos de decisión política en materia socioeconómica, lo que no está exento de riesgos, si tenemos en cuenta que este hecho coincide con una etapa de serio debilitamiento de la

En definitiva, en su función de desarrollo del marco organizativo del sistema de fuentes, esté explicitado o no en un texto constitucional, la ley está fuertemente limitada<sup>209</sup>, de manera que su actuación debe circunscribirse al mero apoyo técnico para que aquel sistema sea efectivo, sin que en ningún caso pueda alterar el mencionado equilibrio a su favor<sup>210</sup>, lo que puede acaecer, no sólo mediante una intervención directa sobre las normas que regulan el régimen jurídico de la negociación colectiva, sino también las que afecten a cualquiera de sus "institutos conexos", es decir, libertad sindical y huelga. No hay que olvidar que el poder en que consiste la autonomía colectiva se sustenta sobre estos tres pilares, de manera que la incidencia del poder estatal sobre alguno de ellos repercute de forma directa sobre los demás y, por ello, al poder que, conjuntamente, hacen efectivo.

---

fuerza de aquéllos. Como afirma VARDARO (*Contrattazione...cit.*, p. 128), es necesario "liberar el debate sobre el neocorporativismo de toda tentación panestatalista, dirigida a utilizar la intensificación de las relaciones entre Estado y sindicatos (que el neocorporativismo presupone) como punto de partida para un englobamiento (vertical-corporativo) del segundo en el primero". Sobre los riesgos de la llamada "salida neocorporativista", v. DURÁN LÓPEZ, "Sindicatos y salida concertada de la crisis", PEE-22/85, p. 316 ss. No hay que olvidar que, en relación a los modelos propios de economías planificadas, "tanto el corporativismo autoritario, como el marxismo, han negado, en considerables proporciones, el juego de la autonomía social" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 178).

<sup>209</sup> Sobre esta autolimitación del legislador impuesta por el respeto de la distribución de potestades normativas como modo de hacer efectivos los fines constitucionales, v. PIZORUSSO: "Le fonti del diritto del lavoro" en RIDL-90 (I), p. 15 ss.; esp., p. 33-34). En este mismo sentido, VENEZIANI (op. cit., p. 134) señala cómo la dinámica entre ley y negociación colectiva está sometida a un equilibrio, cuya alteración es un riesgo a tener muy en cuenta. No en vano, "el poder social de los grupos puede ser ampliado o restringido según la actitud que en relación con el mismo asuma el legislador", por lo que el citado riesgo es especialmente evidente "en los momentos en los cuales el tradicional derecho del trabajo atenúa la rigidez de las propias garantías a favor de una tipología normativa más flexible y adaptable a las exigencias de la crisis del mercado y del coste del trabajo". Sobrepasar estas limitaciones supone que el Estado, a través de la ley, pase del apoyo ("sostegno") a la negociación colectiva a su instrumentalización y, en consecuencia, a su anulación como fuente propiamente dicha. Y no hay que olvidar que en el fondo todo es una cuestión de matiz: en función de la dosis de intervención que se aplique estaremos ante un sistema de autonomía colectiva "sostenida" o ante un sistema netamente corporativo (v. MENGONI, art. utl. cit., p. 264).

<sup>210</sup> No hay que olvidar que, como señalaba SINZHEIMER ("La théorie des sources...cit.", p. 79), "el orden jurídico de un pueblo exige el concurso de estas dos categorías de fuentes. El arte del legislador consiste en encontrar los justos límites del libre crecimiento del derecho no estatal y de la intervención necesaria del derecho estatal".

### 3.3.- El convenio colectivo y el papel del legislador en la garantía de su eficacia.

El estudio del proceso de juridificación formal de la negociación colectiva como fuente del derecho ha de culminar, necesariamente, con el examen de la eficacia del convenio colectivo. No podría ser de otra manera si tenemos en cuenta que, como hemos visto, detrás de toda fuente del derecho, se encuentra un poder que, por estar juridificado, tiene vocación inmediata de manifestarse como tal en el mundo del derecho. Así, superada la fase de juridificación material (autonomía colectiva) e identificado su cauce de expresión normativa (negociación colectiva), aquel poder acaba concretándose en normas jurídicas positivas (convenios colectivos<sup>211</sup>), cumpliendo así con su inmanente función de transformar la realidad social, en este caso, incidiendo sobre aquella importante parcela de la misma constituida por las relaciones de trabajo<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> Aquí se utiliza la expresión "convenio colectivo" para aludir, indistintamente, a todo producto derivado de la negociación colectiva en tanto fuente material del derecho. La posibilidad de que el proceso de juridificación formal, al que necesariamente debe someterse la negociación colectiva, y mediante el cual, culmina la conversión del poder social en norma positiva, dé lugar a diversos tipos de productos normativos (fuentes formales) con distinta función normativa y, consecuentemente con diverso grado de eficacia, siendo una eventualidad que depende del modo en que, bien el legislador, bien los propios sujetos sociales, hayan previsto la organización del sistema formal de fuentes autónomas, será una cuestión a examinar en relación con nuestra experiencia concreta (v. *infra*, Cap. IV). Pero en ningún caso prejuzga la esencial naturaleza de la fuente colectiva. En efecto, como señala GIUGNI ("La funzione giuridica...cit., p. 165), "el convenio colectivo de trabajo, incluso exteriorizando una variada tipología, tiene una fisonomía típica bien individualizada y ubicada en el contexto de relaciones sociales de las que emerge como medio fundamental de tutela de los trabajadores". Desde esta perspectiva, la búsqueda de un concepto jurídico unitario no es incompatible con la creciente complejidad social del fenómeno de la negociación colectiva, ni tampoco con la diversificación de la intervención legislativa. Por el contrario, lejos de ser la "apriorística convicción" que representaba la definición privatista (VARDARO, *Contrattazione...cit.*, p. 16-17), la conceptualización del convenio colectivo debe ser lo suficientemente "esencial" como para soportar toda esa complejidad. Para ello, los instrumentos metodológicos aquí utilizados proporcionarán, sin duda, una ayuda inestimable.

<sup>212</sup> No hay que olvidar que, precisamente, en el plano de la positividad es donde, al final, se hacen efectivos los impulsos que provienen del que hemos denominado "sistema interno" (v. *ut supra*). Integrado por los valores y principios sobre los que se asienta el ordenamiento jurídico, el sistema interno refleja un equilibrio inestable entre estos que influye en el proceso de



Para que dicha vocación reguladora se haga efectiva es preciso que la norma colectiva, una vez que ha sido válidamente creada, despliegue la eficacia jurídica que, como tal, le corresponde dentro del ordenamiento jurídico<sup>213</sup>. Presupuesto impresindible para ello es la existencia de un espacio propio de actuación, lo que exige que le sea garantizada una determinada posición en el sistema formal de fuentes. Pero antes de estudiar esta faceta de la eficacia jurídica que, por resolverse en el análisis de las relaciones entre fuentes convencionales y fuentes legales, podemos denominar eficacia "horizontal" o "relativa", deviene ineludible el examen preliminar de la llamada eficacia "vertical" o "absoluta", es decir, la que despliega, como norma jurídica, sobre las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación<sup>214</sup>.

Centrándonos ahora en ésta última<sup>215</sup>, de nuevo el papel de la ley en el aseguramiento de la funcionalidad de la fuente colectiva se convierte en el eje del análisis, si bien ahora contemplado desde la perspectiva de la garantía de la vinculabilidad de los diversos productos convencionales. De este modo, si desde un punto de vista dinámico hemos visto cómo aquél papel se concretaba en una eventual intervención en la organización del sistema de producción normativa

---

juridificación material de diferentes poderes sociales. De este modo, la resultante en cada momento, de aquel equilibrio va a afectar a la configuración del sistema de fuentes, al determinar la posición relativa de cada uno de los centros de producción normativa y, en última instancia, la potencialidad transformadora de la realidad de cada una de las fuentes formales. Sobre esta conexión de las dos perspectivas de estudio, v. MARIUCCI, La contrattazione... cit., p. 303).

<sup>213</sup> Como señala DE CASTRO (op. cit., p. 48), "la norma positiva es la que tiene eficacia en una comunidad, y cuya realidad es realizada y garantizada por su organización". En general, sobre la necesaria formulación positiva de la norma jurídica y sus caracteres, v. CASTAN TOBEÑAS: Derecho Civil español, común y foral, T. I.I (12ª ed.), REUS-MADRID, 1980; p. 391 ss.

<sup>214</sup> Sobre esta distinción, v. CARNELUTTI, Teoria del regolamento colettivo, cit., p. 157.

<sup>215</sup> Teniendo en cuenta que la posición concreta de las fuentes convencionales sólo puede ser determinada tomando como referente un específico ordenamiento jurídico, su análisis se posterga al momento en que estudiemos la aplicación jurídica en nuestro modelo de negociación colectiva (v. infra, Cap. IV.3).

autónomo en que consiste la negociación colectiva<sup>216</sup>, desde un punto de vista estático, es decir, tomando en consideración el convenio como producto final de una actividad de producción normativa (negociación colectiva), aquella intervención legal se complementa con la dirigida a garantizar la eficacia del mismo. Por ello, el problema central a resolver ahora es el del fundamento de la vinculabilidad de los productos negociales<sup>217</sup>. En concreto, se trata de verificar si la eficacia de éstos depende, y en qué grado, de su garantía por parte del Estado.

Para enfrentarnos adecuadamente a dicho problema, ante todo hay que dejar constancia de que, en el plano de la eficacia del convenio, la intervención legal puede proyectarse sobre aspectos diferentes de la misma. En este sentido, podría establecer una distinción en función de si sólo va referida a garantizar los efectos propios del convenio como norma (los típicamente conocidos como efecto imperativo o automático, inderogable y sustitutivo), o, por el contrario, se dirige a extender el ámbito de aplicación subjetiva del mismo (eficacia personal), hasta alcanzar a todos los integrantes de una misma unidad de negociación<sup>218</sup> ("erga omnes"). De este modo, afectando en ambos casos a la eficacia del convenio, en el primero la intervención legal tiene por objeto apoyar su "intensidad"; en el segundo, por

---

<sup>216</sup> Lo que, como hemos visto, se logra fundamentalmente garantizando el equilibrio de fuerzas entre los sujetos negociadores, y requiere, en su caso, una actuación positiva de la ley sobre las diferentes facultades que componen el entramado sobre el que se asienta la autonomía colectiva (autonormación, autoorganización y autotutela).

<sup>217</sup> Para MENGONI, ("Il contratto colettivo nell'ordinamento giuridico italiano" en *Diritto e valori*, cit., p. 247 ss.), desde una perspectiva funcional, éste es, sin duda, el principal problema que plantea el estudio teórico de la figura del convenio colectivo. Para este autor, la cuestión de la inderogabilidad o eficacia automática del convenio, desechando por inidóneas las concepciones en clave individualista o contractualista (mandato representativo, p. ej.), debe concebirse como el efecto típico y definitorio de la negociación colectiva en tanto que fuente del derecho (art. cit., p. 252-253).

<sup>218</sup> Sobre las precauciones que, no obstante, es necesario observar al respecto, principalmente derivadas de las exigencias planteadas por el papel reconocido a los sujetos sociales en un modelo democrático de relaciones colectivas de trabajo, v. *infra*.

el contrario, sólo se dirige a ampliar su "extensión"<sup>219</sup>.

Como demuestra la experiencia comparada, la intervención de la ley en uno y otro aspecto difiere considerablemente de un país a otro, sin que, en principio, tal intervención merezca, a priori, ningún tipo de reproche en relación a su viabilidad en el contexto de un modelo democrático y pluralista de relaciones laborales. Ello no obstante, a la hora de valorar su alcance y significado en la fundamentación jurídica de la eficacia del convenio conviene tener en cuenta los límites en los que, como hemos visto, queda enmarcada la actuación legal en el desarrollo del sistema material de fuentes. Desde estas premisas, analizaremos en primer lugar, la llamada eficacia normativa, efectuando, al respecto, un examen crítico de las diversas respuestas teóricas que se han vertido en torno al fundamento de la vinculabilidad del convenio (3.3.1). Posteriormente, examinaremos el significado de la intervención legal en la extensión del ámbito de aplicación personal, es decir, en la llamada eficacia personal del convenio (3.3.2). Por razones obvias, es en el primer aspecto donde la polémica doctrinal ha alcanzado tradicionalmente mayor relieve, principalmente, por las implicaciones teóricas que suscitaba el debate.

### 3.3.1.- El debate teórico sobre la eficacia normativa del convenio colectivo.

La ordenación de las relaciones laborales, sea en su dimensión individual, sea en su dimensión colectiva, va a ser, como hemos visto, el objetivo natural de los diversos productos de la negociación colectiva<sup>220</sup>. En esta función

---

<sup>219</sup> La distinción entre estas dos facetas de la eficacia jurídica fue puesta de relieve en su día por CARNELUTTI, Teoria del regolamento collettivo, cit., p. 137.

<sup>220</sup> En este sentido, como señala MENGONI ("Il contratto...cit.", p. 257), la negociación colectiva "no es sólo un método para establecer normas generales y abstractas ordenadas a la disciplina de las relaciones individuales de trabajo, sino también un método para regular el uso del poder social de los grupos

reguladora de la realidad social, el poder normativo de los sujetos sociales concurre con el poder legislativo del Estado<sup>221</sup>. De este modo, las respectivas manifestaciones normativas de esos poderes, ya juridificados, se van a concretar en actos jurídicos con capacidad para incidir, en última instancia, en la determinación de las condiciones de trabajo<sup>222</sup> que, directa o indirectamente, y en distinta medida, serán el resultado del juego combinado de esos preceptos normativos, sea cual fuere la fuente productora<sup>223</sup>.

En este sentido, desde la perspectiva de la ordenación de las relaciones de trabajo, lo que importa es que, independientemente de su procedencia, todo tipo de norma impone su regulación a la autonomía privada. La relación contractual entre empresario y trabajador es, por tanto, objeto de una ordenación heterónoma de contenidos materiales que restringen directamente sus respectivas esferas de libertad negocial. De este modo, la autonomía individual, siendo un espacio de libertad reconocido y amparado por la ley, en el ámbito de las relaciones de trabajo, no va a tener como única limitación la que se deriva de la definición legal de dicho marco, sino también aquéllas que introduzcan las normas emanadas por los sujetos colectivos.

---

organizados". Por ello, como veremos, carece de relevancia a estos efectos la distinción tradicional entre parte obligacional y parte normativa del convenio (v. *infra*, Cap. IV). Hay que tener en cuenta que, desde una perspectiva funcional, el convenio es un producto unitario que expresa el poder de los sujetos sociales para autorregular sus intereses. Todo su contenido, por tanto, es "reconducible al principio de la tutela del trabajo" (GIUGNI, "La funzione giuridica...cit., p. 164), y ello sin perjuicio de la instrumentalidad o no de alguna de sus cláusulas (las obligacionales u organizativas) respecto de otras (las llamadas normativas *strictu sensu*). En el fondo, lo importante, desde el punto de vista jurídico, es encontrar una serie de técnicas tendentes a "asegurar la transfusión de la norma colectiva en los contratos individuales de trabajo" (MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 11).

<sup>221</sup> V., *infra*, Cap. IV.

<sup>222</sup> En definitiva, es ésta la principal función del convenio colectivo, cuya consolidación "coincide, en cierto sentido, con la misma evolución del derecho del trabajo" (WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 48-49).

<sup>223</sup> Desde esta perspectiva, el estudio de las relaciones ley/convenio se examinará (v. *infra*, cap. IV) teniendo en cuenta "la combinación de las dos fuentes normativas en orden a la determinación de las posiciones jurídicas individuales" (MARIUCCI, *La contrattazione...cit.*, p. 302).

De lo anterior se deduce que el convenio, al igual que la ley, despliega una eficacia en el ámbito de las relaciones individuales propia de una norma jurídica. Esta eficacia normativa se concreta, como se sabe, en la inmediata imposición de lo normado a las partes individuales (efecto automático<sup>224</sup>) y a la imposibilidad de que éstas puedan alterar su contenido (efecto inderogable) en perjuicio del trabajador (*in peius*<sup>225</sup>), siendo ineficaz toda pretensión en este sentido (efecto sustitutivo<sup>226</sup>). Ello no es otra cosa que el resultado de anudar a la norma convencional la eficacia propia de su naturaleza<sup>227</sup>: si partimos de la base de que es una norma, es obvio que deberá desplegar efectos normativos. Su eficacia jurídica sería, por coherencia, consecuencia obligada de su naturaleza normativa y, por ello, se impondría directamente a las relaciones individuales de trabajo, las cuales quedarían vinculadas a lo dispuesto con carácter imperativo en ella de forma inmediata, sin necesidad de ningún tipo de técnicas de integración de dichos contenidos normativos<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> Como consecuencia de este "efecto automático", al entrar en vigor el convenio colectivo las cláusulas contractuales son inmediatamente reemplazadas en el supuesto de ser contrarias a aquél (v. DESPAX, op. cit., p. 435). Sobre su carácter connatural a la función misma del convenio colectivo, v. GRASSELLI, Contributo alla teoria del contratto collettivo, CEDAM-PADOVA, 1974; p. 80 ss.

<sup>225</sup> De este modo, se habla de "inderogabilidad relativa" para hacer alusión al hecho de que el "el carácter imperativo del convenio colectivo, es, por esencia, en sentido único" (ALIPRANTIS, op. cit., p. 262). Por tanto, el hecho de que el convenio sea siempre derogable *in melius* mediante la aplicación de cláusulas convencionales más favorables, "constituye uno de los límites del efecto imperativo de los convenios colectivos" (ib.). En el mismo sentido, VARDARO (Contrattazione... cit., p. 26-27).

<sup>226</sup> Este particular efecto significa que las cláusulas que se oponen al convenio, empeorando sus condiciones o renunciando a derechos allí reconocidos, son, "simplemente, inoperantes y, por ello, reemplazadas" (DESPAX, op. cit., p. 105). De este modo, "el contrato derogatorio es considerado como inexistente" (ROUAST: "La nature et l'efficacité de la convention collective de travail", DS-60, p. 639). Como ha sido puesto de manifiesto, esto significa que "el convenio se impone a las partes con más fuerza que una ley, pues cuando un contrato "deroga" a una ley es nulo, al menos en lo que se refiere a la cláusula ilegal y algunas veces, en su totalidad, pero jamás se ha sostenido que pueda ser rectificado automáticamente por la ley" (DESPAX, ib.).

<sup>227</sup> En definitiva, estos caracteres integran el contenido de la llamada "fuerza vinculante" del convenio. En este sentido se ha manifestado, en relación con la dicción del art. 37.1 CE, buena parte de la doctrina de nuestro país (por todos, VALDÉS DAL-RÉ: Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios, ACARL-MADRID, 1988, p. 73).

<sup>228</sup> Son los términos utilizados por la STC 58/85 (FJ 3°).

De este modo, al igual que la ley, el convenio colectivo incide de la misma forma ("desde fuera"<sup>229</sup>) en la ordenación de las relaciones individuales de trabajo<sup>230</sup>, y ello con independencia de que la intensidad de esa incidencia sea variable en uno y otro caso; y sin perjuicio, por otra parte, de que la misma dependa, en última instancia, de las relaciones entre autonomía colectiva y poder legislativo. Lo importante es que en ambos casos se produce una regulación heterónoma del contenido de la relación contractual, lo que supone, asimismo, una restricción del ámbito de actuación de la autonomía individual que, en todo caso, deberá respetar lo normado con carácter imperativo desde aquéllas instancias<sup>231</sup>. Como quiera que la autonomía individual es un espacio de autorregulación de intereses definido legalmente, la inderogabilidad o vinculabilidad de los convenios colectivos se incardina, como cuestión destacada<sup>232</sup>, dentro

---

<sup>229</sup> ALONSO OLEA: Las fuentes del derecho... cit., p. 121. En el mismo sentido, BRETHE, op. cit., p. 174.

<sup>230</sup> Sobre la constatación en el convenio colectivo de los "elementos típicos" toda norma jurídica, v. PERSIANI: Saggio sull'autonomia privata collettiva, CEDAM-PADOVA, 1972; p. 2 ss.; FERRARO, Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela, CEDAM-PADOVA, 1981; p. 281-282.

<sup>231</sup> Sin duda es éste, precisamente, el dato básico a tener en cuenta. Como señala CARNELUTTI (Teoria del regolamento collettivo, cit., p. 169), "el convenio colectivo crea para el trabajador y para el empresario, en cuanto han concluido un contrato de trabajo, derechos y obligaciones indepedientemente de su voluntad". Por esta razón, no hay ningún inconveniente para calificar jurídicamente al convenio colectivo "como fuente del derecho que opera sobre un plano de paridad con la norma legal y dotado de la misma 'fuerza sustancial'" (FERRARO: op. cit., p. 279).

<sup>232</sup> En general, sobre la importancia y permanente actualidad del problema de la eficacia del convenio, v. MENGONI, "Il contratto collettivo...cit., p. 266 ss., para el cual ha constituido y constituye "la cuestión capital". Planteando la cuestión de la vinculabilidad en términos de oportunidad, v. VENEZIANI, op. cit., p. 161-162, que, trayendo a colación los datos aportados por la experiencia comparada, concluye con que "el verdadero problema no es si es justo o no que la vinculabilidad acompañe al acuerdo entre caballeros (gentlemen's agreements), sino si es oportuno que esta sea la esencia. El tema de la obligatoriedad del convenio es relevante como problema de conveniencia social no de ética social". Sin embargo, ello no debe llevar a la instrumentalización de la noción de autonomía colectiva, de manera que únicamente sea traída a colación para resolver el problema de la inderogabilidad in peius del convenio colectivo. En este sentido, criticando la actitud generalizada de la doctrina italiana, v. PERSIANI, op. cit., p. 5-7. Para este autor, salvo señaladas excepciones (en concreto, GIUGNI; Introduzione... cit.), "el recurso a la noción de autonomía colectiva se ha utilizado originariamente de un modo del todo instrumental respecto a la solución del problema de la inderogabilidad del convenio colectivo de derecho común, de manera que la problemática relativa a la individualización de sus características propias ha terminado por quedar completamente en la sombra" (p. 7).

de la relación ley/autonomía colectiva/autonomía individual<sup>233</sup>. De ahí la necesidad de valorar el significado de la intervención de la ley en la garantía de la vinculabilidad del convenio<sup>234</sup>.

Es precisamente la especial relevancia de esta intervención en algunos modelos, lo que ha propiciado una incorrecta apreciación del significado de la misma, ocasionando gran parte de los equívocos en que incurren las teorizaciones que se han llevado a efecto sobre el fundamento de la eficacia del convenio. En todo caso, hay que partir del presupuesto de que, al igual que en la determinación de su naturaleza, respecto de su eficacia, la ley sólo es un instrumento para llevar a efecto el sistema material de fuentes diseñado en el ordenamiento jurídico, de manera que su función coadyuvante en el aseguramiento de la eficacia del convenio no sería otra cosa el resultado de las directrices

---

<sup>233</sup> Como se ha encargado de poner de manifiesto el desarrollo histórico de las relaciones colectivas de trabajo (v. VARDARO: *Contratti...cit.*, p. 17 ss.), las relaciones ley/convenio (poder estatal/autonomía colectiva), tienen su reflejo inmediato en la relación convenio/contrato (autonomía colectiva/autonomía individual). De este modo, la vinculabilidad del convenio frente a las relaciones individuales de trabajo va a ser una variable dependiente de la posición relativa del convenio frente a la ley que, a su vez, dependerá del papel que ésta asuma en su intervención en las relaciones laborales. Este carácter polidrico del problema de la inderogabilidad ha sido agudamente puesto de manifiesto por BALLESTRERO: "Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi", RIDL-89 (I); p. 357 ss.

<sup>234</sup> En este sentido, se puede decir que los principales "ataques" a la normatividad del convenio provienen de "concesiones legales" a la autonomía individual, bien mediante la potenciación directa o indirecta de ésta en detrimento de la autonomía colectiva, bien mediante una retirada del apoyo necesario para mantener los equilibrios requeridos para ser un instrumento efectivo de composición del conflicto social. De este modo, tanto por acción como por omisión, la negociación colectiva, en tanto que cauce de expresión normativa por la que se efectúa una autocomposición (puntual) de dicha conflictividad, puede verse afectada por una inadecuada actuación legal. En el fondo, como se sabe, las consecuencias de una potenciación, consciente o inconsciente, de la autonomía individual no significa otra cosa que el incremento del poder económico en perjuicio del social. La ruptura del necesario equilibrio de poderes que ello supone, dificulta sobremanera la posibilidad de convenir, ya que para ello sería preciso encontrar nuevos puntos de reequilibrio, presupuesto indispensable sobre el que se asienta la negociación colectiva, con el consiguiente aumento (gratuito) de la conflictividad que ello puede acarrear. Por ello, lejos de las expresiones enfáticas del legislador, la potenciación de la negociación colectiva que, a modo de desiderata, se anuncia con la última reforma laboral, se contradice enormemente con la recuperación del poder del empresario que, según opinión generalizada de la doctrina, supone la apuesta, sin duda, excesivamente optimista, por los pactos y acuerdos de empresa, habida cuenta de la potencial distorsión que éstos pueden introducir en el sistema de negociación colectiva, y cuyas consecuencias habrá que medir en función de la ineficacia aportada al mismo. No hay que olvidar que la negociación colectiva implica para las partes, en general, y para el empresario, en particular, una autolimitación de su poder (PROSPERETTI, op. cit., p. 65).

que se derivan de esa organización a las que, inexorablemente, se encuentra sometida.

Sin embargo, tal y como se deduce de la inacabada polémica doctrinal y jurisprudencial al respecto<sup>235</sup>, esta conclusión<sup>236</sup> no es tan evidente como podría parecer en un principio<sup>237</sup>. Las razones de ello son diversas, si bien no todas ellas son fruto del mismo grado de esfuerzo teórico, siendo a veces consecuencia, quizás, de apresuradas adhesiones doctrinales a apriorismos tan arraigados<sup>238</sup> como escasamente fundados hoy día. Hay que destacar, no obstante, que detrás de gran parte de la mencionada polémica aparece, como cuestión de fondo, una superposición entre los planos de la creación y aplicación jurídicas, lo que, inevitablemente, trae como consecuencia que estos problemas, aunque afecten a la eficacia de los convenios, supongan, en última instancia, el cuestionamiento de los fundamentos de su validez como norma jurídica. Por ello, a pesar de que el debate se centre en torno a la determinación de la cualidad del vínculo mediante el cual quedan sometidas las relaciones individuales al convenio colectivo, no hay que olvidar que, paralelamente, es la naturaleza de éste la que se pone en tela de juicio, transparentándose, de nuevo, como el verdadero objeto del debate. En definitiva, ello ha traído consigo que el protagonismo de la ley en la garantía de la eficacia del convenio, al extrapolarse sobre el plano de la creación jurídica, ha provocado una distorsión en la

---

<sup>235</sup> Una ilustrada muestra de los términos en los que ha discurrido la misma en la experiencia italiana, en PERSIANI, op. cit., p. 13 ss.

<sup>236</sup> Que aquí se toma como hipótesis de partida y, sin perjuicio de las matizaciones que haya que hacer en su momento.

<sup>237</sup> No en vano, como señala LAMBERTUCCI (Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale, CEDAM-PADOVA, 1990; p. 99), se trata de "una problemática que ha angustiado desde siempre a la doctrina iuslaboralista en la reconstrucción del convenio colectivo".

<sup>238</sup> Lo que, en sí mismo, constituye un evidente error metodológico, ya que, en esta materia, "ninguna contribución innovadora es verdaderamente posible hasta que no se toma plena consciencia de su relatividad histórica" (VARDARO, Contratti... cit., p. 26-27).



apreciación de su papel en la garantía de su validez<sup>239</sup>.

Simplificando, las respuestas al respecto pueden agruparse en torno a dos hipótesis. En primer lugar, el poder normativo de los sujetos sociales puede concebirse como un dato originario<sup>240</sup> no alterado por la eventual, y siempre auxiliar, intervención del legislador, sea en el plano de la validez, sea en el de la eficacia del convenio colectivo. En segundo lugar, sin llegar a negar dicha originalidad fáctica, se parte de la base de que el poder social sólo tendrá expresión normativa (es decir, emanará normas vinculantes) si, y sólo si, media la intervención de la ley. Desde esta perspectiva, por tanto, únicamente en el caso de que dicha intervención sea efectiva y, además, explícita respecto a la naturaleza y eficacia de estos productos (lo que puede llevar aparejado la selección previa al efecto de alguno de ellos), tendrán la vinculabilidad propia de las normas jurídicas. En otro caso, la ausencia de esta declaración legal explícita provocaría que lo acordado<sup>241</sup>, no tendría naturaleza normativa, de manera que el fundamento de su vinculabilidad habría que deducirlo de su incardinación teórica, nada fácil por cierto, en la única vía formalmente expedita: la, siempre recurrente, teoría general de las obligaciones y contratos.

En conclusión, la adopción de la segunda de las hipótesis mencionada significaría que la consideración o no

---

<sup>239</sup> Por ello, será nuestro objetivo la búsqueda del fundamento de la eficacia del convenio en tanto que norma jurídica, y por ello, haciendo abstracción de eventuales definiciones legales, deberá encontrarse en su propia configuración como fuente dentro del ordenamiento jurídico. De este modo, los datos extraídos del examen del derecho comparado, cuya utilidad es indiscutible, no debería llevarnos a la conclusión superficial de plantear el debate sobre la naturaleza jurídica del convenio en términos de libre opción legislativa entre el convenio-fuente o el convenio-contrato (Cfr. la posición mantenida por VENEZIANI, op. cit., p. 153, y la doctrina que cita). Tal y como se deduce fácilmente de lo expuesto hasta ahora, la naturaleza jurídica (no "legal") del convenio debe extraerse de los datos que, en esencia, caracterizan a este producto negocial per se, es decir, antes de que introducir en el análisis la intervención de la ley.

<sup>240</sup> Sobre la "organización" del sujeto sindical como elemento que cualifica el poder normativo de éste, y, en última instancia, el sometimiento de las voluntades individuales al convenio, v. GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 113; asimismo, PROSPERETTI, op. cit., p. 52 ss.

<sup>241</sup> Cuya subsistencia jurídica, por otra parte, se debería a una sobrevenida tolerancia implícita del legislador, es decir, al hecho de que no exista una ley contraria o limitativa de la práctica negocial.

como fuente del derecho de esos productos negociados, indistintamente considerados aún, dependerá, en última instancia, de la existencia y contenido de esa intervención legal. Como es obvio, ello provocaría inexorablemente la negación del carácter originario de la negociación colectiva como fuente, al menos, en el sentido que aquí le damos al término<sup>242</sup>, ya que sólo la intermediación legal le otorgaría tal carácter. Pero no quedaría satisfactoriamente explicado, sin embargo, si, antes de ese momento, todo producto negocial sería una norma o un simple hecho social irrelevante para el derecho, ni tampoco qué naturaleza jurídica tendría en su caso, ni cuál sería, en definitiva, el fundamento de la indiscutible fuerza vinculante de los convenios colectivos. Como vamos a tener oportunidad de comprobar, las respuestas a estos interrogantes han constituido el objetivo, y la propia razón de ser, de todas las teorizaciones llevadas a cabo al respecto.

Sintetizando los términos de la aludida polémica, y teniendo en cuenta las anteriores observaciones, se puede efectuar una clasificación, en clave histórico-jurídica, de las respuestas que se han venido dando al complejo problema del fundamento de la vinculabilidad del convenio colectivo. De este modo, partiendo de las insuficiencias de las iniciales tesis contractualistas (a), se comprueba que la evolución del discurso jurídico se ha concretado en sucesivos esfuerzos teóricos dirigidos a superarlas: son las que hemos denominado tesis intermedias o de transición (b). La definitiva calificación del convenio como norma jurídica vinculante per se será la culminación de este proceso evolutivo (c) que, por otra parte, ha discurrido paralelo a la propia evolución de la ciencia jurídica.

#### a) La tesis contractualista y sus insuficiencias.

Las primeras respuestas que recibió la cuestión

---

<sup>242</sup> V. ut supra.

planteada se habían de producir, necesariamente, en clave contractualista<sup>243</sup>. La doctrina jurídica, impregnada por el individualismo propio de la dogmática iuscivilista, buscaría el fundamento del convenio colectivo en la teoría de las obligaciones y contratos<sup>244</sup>. Como veremos, esto traerá consigo una clara coincidencia entre las tesis objetivistas, señaladamente, la kelseniana, y las subjetivistas o iusprivatistas, a la hora de explicar el fundamento jurídico de la negociación colectiva como fuente del derecho<sup>245</sup>.

Desde esta perspectiva, por tanto, el convenio colectivo sería una especie contractual, típica, si encaja dentro de alguna de las categorías ya existentes, o innominada, en caso

---

<sup>243</sup> No hay que olvidar que "el objetivo esencial de la fundación de la teoría convencional laboral es la de integrar la <<colectividad>>, el elemento colectivo en un universo hasta entonces regido por la autonomía individual de la voluntad" (DEL REY GUANTER, "Transformación del sistema de negociación colectiva y <<refundación>> de la teoría jurídica de los convenios colectivos", en La reforma de la negociación colectiva, cit., p. 19).

<sup>244</sup> Como apunta ALARCÓN CARACUEL ("La autonomía...cit., p. 54), "la operación era conceptualmente poco complicada. Se trataba de mantener, aunque fuera retóricamente, el principio de la autonomía de la voluntad y reconducir la negociación colectiva al marco del Derecho común de los contratos". Para una ilustrativa exposición de las distintas teorizaciones realizadas desde esta perspectiva, v. GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 59 y ss. En el mismo sentido, BRETHE: De la nature juridique de la convention collective de travail, cit.; p. 8 ss. Para este autor, la naturaleza colectiva de esta figura conlleva una quiebra absoluta de la doctrina contractualista, como lo demuestran los sucesivos fracasos de los ensayos explicativos. En efecto, ni siquiera el más atrevido de ellos, la teoría del convenio como "contrato normativo", sobrevivió a las críticas de la doctrina de la época.

<sup>245</sup> En este sentido es destacable la conexión del positivismo con el fenómeno de la codificación. En lo que a nosotros interesa, dicha conexión se va a poner de manifiesto en la identificación entre derecho y ley, presupuesto básico de la codificación iuscivilista y, al mismo tiempo, consecuencia obligada de las premisas metodológicas formalistas, como hemos visto. Así, como señala HERNÁNDEZ GIL (Conceptos jurídicos...cit., p. 173), "la codificación significa, en esencia, el apoderamiento del derecho por el Estado a través de la ley; crecimiento del derecho legislativo que va a consagrar la supremacía de la ley como fuente suprema, sin perjuicio de que ella misma reconozca algunas fuentes subsidiarias". Por otro lado, no es posible obviar el trasfondo ideológico subyacente al movimiento codificador si tenemos en cuenta que "la estructura económica que sirve de base a la regulación jurídica de las instituciones jurídicas del Derecho privado patrimonial en los Códigos civiles europeos no es otra que la que la que se deriva de la Economía liberal de mercado" (RODRÍGUEZ MOLINERO, op. cit., p. 105). Los códigos civiles, por tanto, representaban "la codificación de la libertad burguesa y de las relaciones de libre mercado en la forma de derechos civiles privados" (MENGONI: "L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?", RDPC 4/92; p. 515). En este sentido, el papel de la dogmática codificadora consistía en reconducir todo fenómeno nuevo al los rígidos conceptos por ella elaborados. Como señala LUHMANN (op. cit., p. 103), de este modo "dentro del campo de aplicación de los conceptos clasificatorios se hacen posibles traslados sigilosos del centro de gravedad, pero en general tales conceptos se adecúan mal a la organización de interdependencias y cambios dentro del sistema". (Las cursivas son nuestras).

contrario<sup>246</sup>. Su naturaleza jurídica, por tanto, podría ser asimilada perfectamente a la del contrato<sup>247</sup>, integrándose en la genérica categoría de los negocios jurídicos<sup>248</sup>, y caracterizándose, en consecuencia, por ser resultado de la habilitación por el Estado de un espacio de autonomía privada<sup>249</sup>, en donde sujetos, individuales o colectivos<sup>250</sup>, desarrollan una actividad de libre disposición que es

---

<sup>246</sup> De este modo, puede comprobarse la utilización sucesiva de varias categorías jurídico-civilistas, tales como el mandato, el "cuasi-contrato de la gestión de negocios" la "estipulación en favor de un tercero", incluso la combinación entre ellas (contrato innominado). Sin embargo, ni siquiera la tipificación del convenio como "contrato normativo", bien articulado en torno a la teoría del contrato en favor de tercero (es el caso de la doctrina alemana, v., HUECK-NIPPERDEY, op. cit.), bien tomando como artificio al efecto la, siempre recurrente, teoría del mandante representativo (solución seguida por la doctrina italiana, v. MESSINA, BARASSI; v., sobre el tema, GIUGNI, op. cit., p. 98 ss), sirvieron, como veremos, para proporcionar una explicación convincente acerca de la naturaleza jurídica de las "convenciones colectivas de trabajo" (GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 59; un análisis crítico de estas tesis "individualistas" en PERSIANNI, Saggio...cit., p. 151 ss; asimismo, PROSPERETTI, op. cit., p. 27 ss.)

<sup>247</sup> Así lo manifiestan tajantemente HUECK/NIPPERDEY, op. cit., p. 321. Sin embargo, como suele suceder, toda afirmación enfática esconde tras de sí una patente debilidad teórica. Así, como críticamente advierte RAMM ("Die Rechtsnatur des Tarifvertrags", JZ-62, p. 83 ss.; también en GDLRI-24/84, p. 797 ss.), la contradicción en la que incurre tal posición doctrinal es patente e insalvable, ya que al mismo tiempo que se afirma la naturaleza contractual del convenio colectivo, se le atribuye a éste una eficacia normativa, fruto de la delegación que el Estado hace de una potestas normandi a favor de los sujetos colectivos. En realidad, estos autores secundan, quizás por simple inercia, la que fue la primera explicación teórica, aportada a principios de siglo, una vez que devino incuestionable la relevancia jurídica de esta figura. Ello no obstante, ya en esos primigenios intentos explicativos, se puso de manifiesto la necesidad de matizar la rigidez de los esquemas analíticos privatistas y, en consecuencia, ensanchar, en la medida de lo posible los límites de la construcción dogmática del contrato con el objeto de dar cabida a esta nueva figura (v., al respecto, la doctrina citada por GALLART Y FOLCH, op. cit., p...; BRETHE, op. cit., p.... y MENGONI, "El convenio colectivo en el ordenamiento jurídico italiano" en Diritto e valori, IL MULINO-BOLOGNA, p. 246 ss.).

<sup>248</sup> De esta forma, el proceso de juridificación formal del convenio colectivo se soluciona con el cómodo expediente de la subsunción de este fenómeno en una categoría contractual codificada. Para tal labor, no era necesario el concurso del legislador, siendo suficiente la integración dogmática efectuada por la interpretación judicial (v., críticamente respecto de la experiencia italiana, VARDARO, Contrattazione...cit., p. 19 ss.).

<sup>249</sup> En este sentido, HUECK/NIPPERDEY (op. cit., p. 321 ss.), que, de forma concluyente, afirman: "Para la autonomía es esencial conceptualmente el apoyarse en una autorización estatal sin la cual no existiría. El contenido y los límites del establecimiento autónomo del derecho, así como sus destinatarios, resultan de la misma autorización estatal" (p. 323). Más recientemente encontramos manifestaciones de esta índole en la doctrina italiana. Así, CATADUELLA ("Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche", RIDL-91/1, p. 24 ss.), que plantea las relaciones entre convenio y contrato como un "concurso de fuentes" (p. 31).

<sup>250</sup> En este sentido, es destacable, en la doctrina anglosajona, la posición de FLANDERS ("The Nature of Collective Bargaining", en Collective Bargaining, LONDON, 1971; p. 11 ss.) que, en la misma línea, concibe la negociación colectiva como "un equivalente colectivo y alternativo a la negociación individual" (p. 14).

reconocida, protegida y sancionada, en su caso, por aquél<sup>251</sup>. Tanto la habilitación para acordar como el amparo de lo acordado (vinculabilidad), se funda en la ley, instrumento utilizado por el Estado para garantizar la validez y eficacia<sup>252</sup> de las normas emanadas en el ejercicio de la

---

<sup>251</sup> Esta calificación jurídica del convenio colectivo como negocio jurídico esta en plena consonancia con el conjunto de la teoría pura, habida cuenta de la impronta iusprivatista que caracteriza, en general, las primeras teorizaciones que surgieron en torno a la cuestión de la búsqueda de una solución apropiada al problema, latente, de la relevancia jurídica de este fenómeno social de irrefutable y creciente importancia (v. al respecto, GALLART FOLCH: Las conveniones colectivas...cit., p. 59 ss.; VARDARO, Contrattazione collettiva e...cit., p. 2 ss.). Una clara muestra de esta tendencia, la constituye el hecho de la inmediata acogida por los primeros teorizadores, de todo el bagaje conceptual elaborado por la doctrina civilista, habida cuenta de la "tranquilizante racionalidad 'estática' del código" (LIEBMAN, "Autonomía collettiva..."cit., p. 121), y ello independientemente de su crítica al subjetivismo inmanente a la misma y, en consecuencia de la adopción, como KELSEN, de posturas claramente objetivistas. Para éste el convenio, como el contrato o cualquier otro negocio jurídico no es independiente del orden jurídico estatal. Por lo tanto, para KELSEN "estas normas creadas por actos jurídicos no son autónomas, no se bastan a sí mismas (...) pues ellas sólo son completas cuando se las combina con las normas generales que prevén las sanciones" (CALSAMIGLIA, Kelsen...cit., p. 188-189). En definitiva, "en la teoría kelseniana el problema de la 'autonomía de la voluntad' se resuelve por medio de una habilitación de una norma general a los particulares para el establecer los pactos y condiciones que consideren pertinentes, pero la sanción para el caso de incumplimiento de lo pactado corresponde al estado" (ib.). Esta es la razón por la cual, desde la posición contractualista, sólo puede considerarse la eficacia normativa fundada sobre una delegación estatal y, congruentemente con ello, el convenio no puede calificarse de norma sino de contrato. En efecto, como señala MENGONI ("Il contratto collettivo..."cit., p. 272) para estos autores (HUECK/NIPPERDEY, señaladamente), "en la parte en la cual se regula de modo general y abstracto las condiciones de trabajo, el convenio colectivo tiene la estructura lógica de la norma jurídica, pero no es fuente de normas jurídicas: éste no es sólo formalmente, sino también sustancialmente, un contrato, y como tal (esto es, como tipo específico) es relevante en el ordenamiento del Estado". La negación de autonomía tipológica al convenio es, por tanto, coherente con los presupuestos metodológicos formalistas de los que se parte. En efecto, la presunción apriorística de plenitud del sistema jurídico concebido por KELSEN, traía consigo la no aceptación de una concepción autónoma del convenio fuera de las categorías iusprivatistas. De esta manera, el problema habría de resolverse encasillando al convenio en cualquiera de las categorías jurídicas ya existentes (en este sentido, VARDARO, Contrattazione...cit., p. 3 ss.; en contraste con la "utilización funcional de las categorías codificadas" realizada por SINZHEIMER, v., op. cit., p. 13 ss.). En definitiva, se cae irremediabilmente en lo que HORKHEIMER llamaba "el error de la filosofía burguesa de la historia: pretender contemplar el futuro sobre la exclusiva base del pasado" (LIEBMAN, art. ult. cit., p. 120).

<sup>252</sup> Por esta razón, ambos conceptos aparecen fuertemente unidos, cuando no confundidos. La confusión, que trae causa de la identificación entre el plano aplicativo y el creativo, se funda, asimismo, en el papel otorgado por KELSEN a la coacción en el orden jurídico, elevada a condición definitoria del mismo. V., al respecto, KELSEN: op. cit., p. 219 ss., donde, partiendo del reconocimiento de la dificultad que conlleva el establecimiento de esta relación, que "es de consumo uno de los problemas más importantes y difíciles de una teoría positivista del derecho", termina salvando, in extremis, lo que parecía, al hilo de su argumentación, una inevitable conclusión: "La eficacia es una condición de la validez, pero no se identifica con ella". Sin embargo, esta afirmación, pretendidamente rotunda, se diluye cuando, al intentar fundamentar el conjunto del sistema, dándole cierre mediante la norma básica, se ve imposibilitado para separar poder y derecho, que quedan inexorablemente identificados. Ello supone la caída de uno de sus postulados metodológicos básicos: la separación entre las esferas del ser y el deber ser. Esta ficción pudo ser mantenida en la elaboración de todo su sistema a través de la sencilla operación de deferir el problema al grado jerárquico superior que servía, así, de fundamento jurídico inmediato y,

parcela de libertad reconocida. En consecuencia, la intermediación legal se manifiesta decisiva, en tanto que sería el único fundamento de la obligatoriedad de todo producto negocial, individual o colectivo<sup>253</sup>.

La principales insuficiencias que se detectaban en este tipo de teorías<sup>254</sup>, estaban motivadas, precisamente, por su

---

por ende, eludiendo momentáneamente la necesidad de explicar su validez haciendo abstracción de su eficacia, es decir, sin necesidad de recurrir a la realidad fáctica. La coacción, garantía de efectividad de la norma dependiente, estaba juridificada en la norma superior superior (independiente) que preveía la sanción ante eventuales incumplimientos de aquélla. Así, sucesivamente, mediante lo que podríamos llamar una "huída hacia la cúspide", se iba solventando la cuestión. Sin embargo, al final sería ineludible afrontar el problema en sus estrictos términos. La solución adoptada por KELSEN, la norma fundamental hipotética, supone, aparte de una intrínseca contradicción con sus planteamientos básicos (introducción de elementos fácticos, provenientes del "ser", para justificar la validez del sistema en su conjunto, v. LARENZ, op. cit., p. 96; no hay que olvidar que la eficacia es un concepto sociológico, no jurídico, de tal manera que esa operación incurriría en un "error mixtificador" que evidenciaría la contradicción metodológica subyacente: v. ROBLES, *Sociología...* cit., p. 74-75), una nueva ficción cuya base no está ahora fundada, como el resto del sistema, en la razón lógica (deducida mediante silogismos), sino en la ontológica (fundada en sí misma).

<sup>253</sup> En el fondo, como productos indiferenciados de la autonomía privada, tanto en el convenio como en el contrato "es el derecho objetivo, y no la voluntad autónoma de las partes, el que determina finalmente los efectos desencadenados por el acuerdo de voluntades. Del mismo modo que determine las condiciones de formación del contrato y su sanción, así como la fuerza obligatoria que conviene reconocer al contrato, el derecho objetivo, a partir de los mismos principios directivos de justicia contractual y de utilidad social, fija el dominio de los efectos del contrato" (GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ-PARIS, 1994; p. 382).

<sup>254</sup> Una enumeración de estas irremontables insuficiencias, fundamentalmente referidas a los problemas suscitados por la relación autonomía colectiva/autonomía individual, la podemos encontrar en BRETHE, op. cit., p. 10 ss y 158 ss. En última instancia, se trataba de resolver un problema eminentemente práctico. Como señala este autor (op. cit., p. 21), "el problema a resolver consiste, pues, en explicar cómo el sindicato transmite a sus miembros el derecho de prevalerse de condiciones de trabajo pactadas y la obligación de someterse a ellas". El carácter sinalagmático de las obligaciones contractuales, basado en el contenido diverso de las promesas recíprocas, no permitía explicar la sujeción de terceros que no tenían intereses opuestos entre sí y, en algunos casos, no habían expresado su consentimiento en obligarse, puesto que ni siquiera es posible identificar a todos los potenciales obligados (el convenio está abierto a futuras adhesiones). La teoría de la representación se muestra, en consecuencia, con escasa virtualidad explicativa en materia de derecho colectivo. Como apunta MENGONI ("Il contratto collettivo...cit., p. 261-263), "esta teoría no es idónea para traducir sobre el plano de los efectos jurídicos, de lado de la colectividad de los trabajadores, la función social del convenio colectivo entendido como convenio de intercambio" (p. 263). En el plano de la aplicación práctica de dicha teoría la inidoneidad se pone de manifiesto si observamos cómo la violación por cualquier individuo de esas obligaciones, al ser considerada como incumplimiento contractual, sólo daría derecho a una reclamación judicial de daños y perjuicios a la que, sin embargo, sólo tendrían derecho las partes firmantes. Por otra parte, en caso de establecerse dicha responsabilidad, se plantea el problema de la identificación de los responsables, el título de la responsabilidad y el alcance patrimonial de la misma. En conclusión, el elenco de problemas prácticos que se presentan irresolubles desde las tesis contractualistas hace que fueran rápidamente desechadas por inútiles. No en vano, la negociación colectiva y, en general, el derecho colectivo del trabajo respondía a parámetros distintos de los que informaban el derecho de obligaciones y contratos, no presentes, ni intuitos, en el momento histórico de la

incapacidad para diferenciar, en el plano de los efectos, los convenios y los contratos<sup>255</sup>. En efecto, siendo ambos fruto de la autonomía privada, es decir, de una esfera de libertad negocial definida y tutelada por el legislador, la única distinción posible se basaba en el sujeto negociador (colectivo/individual), lo que, en sí mismo, no podría fundamentar en ningún caso el plus de eficacia que habría de ostentar el convenio para imponerse a las relaciones individuales<sup>256</sup>. Ello se debe a que en ambos casos el vínculo jurídico existente es de naturaleza obligacional. y, por ello, de alcance limitado a las partes contratantes<sup>257</sup>. La posibilidad de que un tercero pueda quedar ligado por un vínculo obligacional, sin la manifestación de su consentimiento, está, por tanto excluida<sup>258</sup>, al desvirtuar

---

codificación civilista, lo que, en definitiva, fundamenta la propia aparición del derecho del trabajo como disciplina autónoma.

<sup>255</sup> Por ello, afirmaciones como la de que "el convenio colectivo y el contrato tienen un carácter obligatorio como toda norma jurídica" (ALIPRANTIS, op. cit., p. 270), aunque comprensibles desde la perspectiva metodológica de la que parten, no pueden explicar, por sí mismas, el fundamento de la superioridad de la norma convencional en el plano de los efectos. Estas dificultades se han incrementado ante la revisión actual del propio concepto de contrato (sobre el tema, v. DIEZ-PICAZO: "¿Una nueva doctrina general del contrato?", ADC-93, T.46, p. 1705 ss.).

<sup>256</sup> Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en relación con la incongruencia in terminis que supone hablar de "contrato normativo" (v. SCOGNAMIGLIO, art. cit., p. 147-151), las explicaciones iusprivatistas deben tener como límite el hecho de "no renegar de sí mismas". Por otra parte, como apunta GIUGNI ("La funzione giuridica...cit., p. 177-178), aquella construcción es la responsable del equívoco, bastante generalizado, consistente en entender el convenio "como dirigido a regular el contenido de futuros contratos de trabajo", cuando realmente, "los efectos se producen sobre los contratos en curso de ejecución".

<sup>257</sup> En este sentido, SANTI ROMANO, Contratti collettivi...cit., p. 37. No podría ser de otra manera ya que, en el sentido más clásico, obligación (obligatio) se define como "relación jurídica por la que una persona, llamada acreedor, tiene derecho a exigir de otra, llamada deudor, una determinada prestación, hallándose amparado el Derecho subjetivo que nace de esta relación por una acción personal (actio in personam)" (DE LOS MOZOS: Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas", CIVITAS-MADRID, 1988; p. 306).

<sup>258</sup> En efecto, como señala VARDARO (Contrattazione...cit., p. 25 ss.) desde la lógica del derecho de obligaciones es imposible garantizar jurídicamente la aplicación individual del convenio colectivo, ya que, sin perjuicio de las sanciones a que dé lugar el incumplimiento individual ("externas" e "internas"), "los pactos individuales derogatorios permanecerán válidamente en pie" (p. 25). Es palpable, por tanto, la insuficiencia del derecho privado codificado y sus sistema de sanción resarcitoria para "asegurar jurídicamente la aplicación individual de la norma colectiva" (p. 26). De este modo, ni siquiera el recurso a la tesis del mandato suministra "una adecuada explicación del peculiar y esencial efecto de la inderogabilidad del convenio" (LAMBERTUCCI, op. cit., p. 105; en el mismo sentido, PROSPERETTI, op. cit., p. 24 ss.). En definitiva, se pondrá de manifiesto la "fragilidad" del convenio "contractual" (v. DESPAX, op. cit., p. 34-36; también, comentando la debilidad teórica del planteamiento

el dogma sobre el que se levanta todo el derecho de obligaciones: la autonomía de la voluntad<sup>259</sup>.

De ahí que, a pesar de los esfuerzos realizados, difícilmente podría explicarse la vinculabilidad del convenio en clave contractualista<sup>260</sup>. Siendo la autonomía de la voluntad el dogma del que traían causa tanto el convenio como el contrato, la imposición de las cláusulas pactadas convencionalmente sólo sería posible si mediara la necesaria manifestación de voluntad de los sujetos individuales<sup>261</sup>. Por tanto, la eficacia del convenio quedaba supeditada a la prestación del consentimiento por las partes del contrato individual<sup>262</sup>, único modo de que el contenido de aquél

---

contractualista de HUECK/NIPPERDEY, v. RAMM, art. cit., p. 798).

<sup>259</sup> Así, GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, op. cit., p. 376-379.1). El problema, por tanto, era de principio. Como señalaba CARNELUTTI ("Contratto Collettivo", DL-1928 (II), p. 181), plantenado la cuestión en términos semánticos, "la duda, y se podría decir también el tormento, del jurista es ésta: ¿el adjetivo, que cualifica el origen y la eficacia, no transforma y no deforma el significado del sustantivo?. En definitiva, el contrato, llegando a ser colectivo, permanece siendo un contrato" (las cursivas son del autor).

<sup>260</sup> No en vano, esta pretensión constituye "lo que ha sido definido como el mayor equívoco de la doctrina privatista del convenio colectivo" (PROSPERETTI, op. cit., p. 28), siendo especialmente significativo el recurso al instituto de la representación civil para fundamentar la eficacia del convenio colectivo (ib., p. 34 ss.). En general, sobre la imposibilidad de efectuar este tipo de vinculaciones en clave contractualista, v. DIEZ PICAZO: Fundamentos de Derecho civil patrimonial (I), CIVITAS-MADRID, 1993, p. 403).

<sup>261</sup> Estos sujetos, llamados "sujetos del convenio" (ROUAST, art. cit., p. 640), son los miembros de los grupos signatarios, los cuales, sin embargo no han dado su consentimiento expreso. En este sentido, GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, op. cit., p. 391, señalan que, desde la perspectiva del derecho de obligaciones, "en todo caso, esta manifestación de voluntad debe ser efectiva". En parecidos términos, GIORGIANNI (La parte general de las obligaciones, BOSCH-BARNA, p. 139). Por ello, no puede ser salvado este escollo con la ficción de entender que el acto de adhesión al sindicato lleva implícito un mandato representativo en favor de éste para la estipulación del convenio (Cfr. SANTORO-PASSARELLI, "Autonomía colectiva...cit., p. 177 ss.). Una crítica en este sentido en PROSPERETTI, op. cit., p. 36-39. Para este autor, las sucesivas reconstrucciones de la teoría del mandato representativo se revelan "incongruentes para captar el fenómeno colectivo en su esencia real y unitaria" (p. 38). Asimismo, VARDARO (Contratti...cit., p. 264-265) crítica cómo la lógica individualista llevaba a la reducción del convenio colectivo a un puro y simple "contratto cumulativo", es decir, una disciplina unitaria de los aspectos comunes regulados típicamente por los contratos individuales. De este modo, no sólo se subjetivizaba el interés colectivo, sino que, además, se le asignaba una "función esencialmente instrumental respecto del individual" (ib.).

<sup>262</sup> Como señala GIUGNI ("La funzione...cit., p. 170) la incorporación de lo colectivo en lo individual sólo podría llevarse a cabo si mediara la "adhesión expresa o voluntad tácita de las partes individuales". Ello no obstante, el mecanismo civilista de la representación funcionó bien dentro de la llamada "lógica adquisitiva" (PROSPERETTI, op. cit., p. 70), es decir, cuando el nuevo convenio siempre mejoraba al anterior ("toujours plus"). Sin embargo, es insuficiente para fundamentar la sujeción del trabajador disidente frente a un



quedase definitivamente incorporado en el de éste<sup>263</sup>.

En conclusión, la aplicación efectiva del convenio habría de pasar por su contractualización lo que significaba, en última instancia, la negación no sólo de su carácter normativo, sino, en las tesis más extremas, de su propia autonomía tipológica. Pero, además, estas tesis dejaban sin resolver el problema de la disponibilidad individual del contenido, ahora contractualizado, del convenio<sup>264</sup>. Desde la óptica iusprivatista, no podría hacerse ninguna objeción al respecto, ya que dicha disponibilidad, en cualquier sentido, siempre sería posible<sup>265</sup>. De ahí que, para asegurar al menos la inderogabilidad in peius del convenio y, en última instancia, su propia eficacia, no hubo más remedio que contar con el apoyo de la ley<sup>266</sup> que, paradójicamente<sup>267</sup>, debió

---

convenio peyorativo. La intervención de la ley al efecto, por tanto, devenía ineludible.

<sup>263</sup> Una crítica al instituto de la incorporación en PROSPERETTI, op. cit., p. 81 ss. Para este autor, esta técnica "representa una explicación de una versión paradójicamente fuerte de la eficacia de la fuente colectiva, que logra tener (y éste es el dato negativo) un absoluto poder de resistencia respecto a la negociación colectiva sucesiva" (p. 81), lo que, sin duda, constituye un "efecto perverso y deformante en la relación entre negociación colectiva y relación individual de trabajo" (p. 82), y ello, a pesar de asegurar la "heteronomía de la fuente colectiva" (p. 83). Asimismo, GIUGNI ("La funzione giuridica del contratto collettivo", cit., p. 178), valorando la teoría de la incorporación como un intento de superar las insuficiencias de la figura del "contrato normativo", que sólo podría desplegar efectos obligatorios, pone de manifiesto críticamente, no obstante, su "frágil base doctrinal, ya que "conduce a afirmar una ultraactividad indeterminada del convenio colectivo que, una vez finalizada su vigencia, vive aún, como por una metempsicosis, transfiriendo su propia alma en el cuerpo del contrato individual". Un estudio de la polémica suscitada en torno a esta teoría entre la doctrina italiana, en VARDARO, Contratti... cit., p. 267. En relación al debate doctrinal en Francia, v. ALIPRANTIS, op. cit., p. 262-269. En definitiva, un mero repaso al derecho comparado es suficiente para comprobar la escasa "fertilidad" de esta teoría (WEDDERBURN/SCIARRA, op. cit., p. 55-56).

<sup>264</sup> Lo que, en sí mismo, pone de relieve la contradicción subyacente a este tipo de teorizaciones. De este modo, como fue rápidamente advertido por la doctrina, "¿no es contradictorio llamar contrato colectivo a un contrato que no será definitivo más que por la aceptación individual, al menos tácita, de cada sindicato?" (JAY: Le contrat de travail, 1907, p. 62; cit. en BRETHER, op. cit., p. 164).

<sup>265</sup> De este modo, rotundamente, BRETHER (op. cit., p. 70) afirmará que "el contrato colectivo obligatorio, desde el momento en que se impone a los que no lo han querido, deja de ser un contrato".

<sup>266</sup> Ello se debe a la necesidad de superar, por insuficiente, la única posible sanción que, desde del derecho civil, podría derivarse del incumplimiento individual del convenio colectivo: el resarcimiento por daños. Sólo la declaración legal de inderogabilidad in peius producía la contundente sanción de la ineficacia del pacto individual (obsérvese las dificultades para cohonestar estos efectos con la construcción contractualista del convenio). De este modo, es posible constatar lo habitual de la utilización de esta técnica de

establecer una norma derogatoria de un principio nuclear del derecho de obligaciones, el del efecto relativo de los contratos<sup>268</sup>. Los intentos de justificar la intervención legal sin salir de la lógica civilista<sup>269</sup> se movieron en

---

complementación (mínima) de la eficacia del convenio en el derecho comparado. Así, puede comprobarse cómo en la mayoría de los casos, la intervención estatal "se limita a asegurar la inderogabilidad del convenio colectivo por parte de la autonomía individual" (RODRÍGUEZ-PINERO: "El valor 'cuasi-legal' de los convenios colectivos", RL-87 (I); p. 32). Un detallado repaso sobre la evolución histórica de este tipo de intervención legislativa, así como su significado en el ámbito de la ordenación del sistema de relaciones colectivas de trabajo italiano, en VARDARO: *Contratti...* cit., p. 332 ss.; asimismo, MENGONI, art. ult. cit., p. 254.

<sup>267</sup> En efecto, destacando la "embarazosa paradoja" que ello supone, GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 92. Por su parte, GIUGNI ("La funzione...cit., p. 175) califica de "viciadas por un salto lógico" a este tipo de tesis que tratan de compatibilizar, desde posiciones metodológicas puramente formalistas, una norma como el art. 2077 del Código civil italiano (donde la jurisprudencia fundamenta la inderogabilidad in peius del convenio por el contrato) con un "sistema de negociación de derecho común". Gráficamente, DESPAX (op. cit., p. 76) objetará a este tipo de teorías el "pretender resolver sobre el plano jurídico el problema de la cuadratura del círculo".

<sup>268</sup> En este sentido, DESPAX, op. cit., p. 76. En efecto, como señala DIEZ PICAZO (*Fundamentos...*cit., p. 398), "para los terceros el contrato es res inter alios acta, esto es, un asunto hecho entre otros. Por tal razón, el contrato no puede desplegar ninguna eficacia en la esfera jurídica de los terceros: ni en su beneficio, ni en su perjuicio (nec prodest nec nocet)"; de esta manera, "un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena". Por tanto, prescindiendo de este principio fundamental, sería necesaria una intervención de la ley contra natura (desde el punto de vista de la autonomía privada) para que, al final, "nos encontrásemos en presencia de un tercero, ciertamente ligado por el contrato, por derogación excepcional del principio de su efecto relativo" (GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, op. cit., p. 391). Ilustrativo al respecto es el debate producido en torno a la problema de la inderogabilidad in peius en la experiencia italiana (con fundamento en los arts. 2077 y 2113 del código civil), en concreto, las interesantes aportaciones de VARDARO ("*Contrattazione collettiva...*cit., p. 24 ss.; *Contratti...*cit., p. 332 ss.). De este modo, como resume críticamente VARDARO (op. ult. cit., p. 24), "el legislador italiano de los años '70 optó por impedir la desaplicación individual de los convenios colectivos sin intervenir sobre la posición estructuralmente asignada a estos últimos en el ámbito del ordenamiento jurídico". Desde la perspectiva de análisis de la teoría de fuentes, son evidentes las consecuencias distorsionadoras que ello produce para una explicación satisfactoria de las relaciones convenio/contrato. En definitiva, como señala MENGONI ("*Il contratto...*cit., p. 269) en relación con este debate, "todos los esfuerzos desarrollados por la doctrina para demostrar que según el derecho común, sin necesidad de una disposición de ley, el convenio colectivo puede desplegar el efecto de la inderogabilidad, fueron vanos. No existe un principio de derecho privado que permita al intérprete someter a las partes del contrato individual de trabajo a una fuente de integración no mencionada en el código civil" (...).

<sup>269</sup> Esta perseverancia se debía, principalmente, a los "valores de conservación" y los "efectos de viscosidad institucional" de las técnicas civilistas (GIUGNI, "*Il diritto sindacale e...* cit., p. 204). El hecho de que autores como SINZHEIMER utilizaran el derecho privado como medio de "racionalización formal" del convenio colectivo en los supuestos de abstencionismo legislativo se debe a aquellas razones. En ningún caso, la adscripción de SINZHEIMER al privatismo era incondicional y definitiva. Por el contrario, era un mero "compromiso" y, como tal, provisional e instrumental, es decir, constituía un estadio intermedio para pasar a "una integral racionalidad formal" (VARDARO, *Contrattazione...*cit., p. 10-11). Era evidente, desde un principio, la necesidad de que dicho proceso de racionalidad jurídico-formal integrara "la sustancia social" que constituyendo la esencia del fenómeno, no era

torno a la existencia de una hipotética jerarquía entre los intereses en juego<sup>270</sup>. Sin embargo, como veremos, estos intentos constructivos, aparte de ser bastantes discutibles<sup>271</sup>, no resuelven la incoherencia de fondo, ni, en definitiva, dan una respuesta satisfactoria al fundamento de la vinculabilidad del convenio<sup>272</sup>.

Era necesario, por tanto, superar el mero análisis descriptivo para aventurarse en la búsqueda de una respuesta coherente en relación con el problema de la naturaleza y efectos del convenio, y eso sólo se intuía posible mediante la indagación sobre la posición contextual del convenio en el sistema jurídico. En todo caso, como hipótesis de partida, un dato aparecía como incuestionable: si se mantenía el carácter de fuente del derecho del convenio colectivo no podría sostenerse, simultáneamente, su naturaleza contractual, y viceversa<sup>273</sup>.

---

captada, sin embargo, por las teorizaciones contractualistas (CARNELUTTI, "Contratto collettivo", cit., p. 181).

<sup>270</sup> De este modo, la intervención legal "cualificadora" de los efectos del convenio tiene su origen en la mayor relevancia del interés que se tutela a través del convenio (colectivo) frente al tutelado a través del contrato (individual). En este sentido, v. SANTORO PASARELLI ("Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti fra i sindacati e lo Stato", RDL-56; p. 1 ss.; "L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia", DE-56; p. 1213 ss.), principal teorizador de esta concepción voluntarista-privatista del convenio colectivo (v. *infra*).

<sup>271</sup> Como señala GIUGNI ("La funzione giuridica...cit., p. 171 ss.), criticando la propia base de dicha teorización, "el interés colectivo no es una realidad ontológica", sino "el producto de un juicio de valor" (p.172) y, por lo tanto, "no puede ser construido como un a priori respecto al negocio" (p. 173). Antes al contrario, como pone de relieve LIEBMAN ("Autonomia collettiva...cit., p. 60 ss.), la implícita descalificación del convenio como fuente produce, como efecto inmediato, un "explícito reforzamiento de su subordinación a la ley", p. 71).

<sup>272</sup> En este sentido, la elaboración por la doctrina alemana de la figura del "contrato normativo" como forma de cohonestar in extremis normatividad e iusprivatismo no resolvía el problema, ya que acababa por eliminar todo intento de fundamentar el poder normativo de los grupos sociales en la autonomía colectiva, propiamente dicha (así, RAVERAIRA, op. cit., p. 32-35). En general, sobre los inconvenientes que se derivan de la aplicación de las tesis contractualistas al ámbito de las relaciones colectivas de trabajo ("intersindicales"), v. GHEZZI: "Osservazioni sul metodo dell' indagine giuridica nel diritto sindacale", RTDPC-70: p. 407 ss., esp. p. 410-411.

<sup>273</sup> En cualquier caso, como fue puesto de manifiesto desde un primer momento por la doctrina española de la época, desde estas perspectivas se olvidaba que "la convención colectiva de condiciones de trabajo es, por su naturaleza íntima, distinta del contrato" (GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 124). Como concluye BRETHER (op. cit., p. 178), "el contrato es congénitamente individualista, particularista", destinado a tener efectos entre dos individuos o partes determinadas "que regulan únicamente su situación respectiva". En

b) Las tesis intermedias o de transición y sus contradicciones.

Dentro de este grupo, es posible distinguir dos subtipos que, como rasgo común, comparten el hecho de considerar decisiva la intermediación legal. La única diferencia es que para algunas de ellas, ese carácter decisivo se refiere tanto al momento creativo como al aplicativo, mientras que para otras, salvando la originaria extraestatalidad de la fuente colectiva, aquél carácter sólo se predica respecto de la eficacia de las normas colectivas<sup>274</sup>. En ambos casos, sin embargo, no se llega a superar las contradicciones que provoca el hecho de intentar conjugar, en diverso grado, dos términos que son irreconciliables: la consustancial autonomía de la norma colectiva, por un lado, y la imprescindibilidad de la intervención legal, por otro. De ahí que también sea común a todas ellas una cierta incongruencia entre la naturaleza que proclamada del convenio y la eficacia que, en cada caso, se le anuda, incurriendo en abusos del lenguaje a la hora de efectuar las oportunas operaciones calificadoras.

**b.1) La tesis de la delegación.**

---

relación a dichos efectos típicos, la diferencia entre convenio y contrato es evidente, ya que "el efecto del contrato es el nacimiento de una obligación, relación o situación jurídica, particular, concreta y temporal" y el del convenio, "la creación de una regla general, abstracta y permanente" (p. 179). Por ello, no es una solución satisfactoria la denominada "tesis dualista", es decir, aquélla que postula una naturaleza mixta del convenio, consistente en destacar el carácter "esencialmente contractual" en su proceso de elaboración, por un lado, y el predominante carácter normativo respecto de sus efectos (Cfr., al respecto, la posición tradicional de la doctrina francesa, DURAND "Le dualisme de la convention collective de travail", RTDC-39, p. 353 ss.; DESPAX, op. cit., p. 79-91; RIVERO/SAVATIER, op. cit., p. 322). En general, sobre la incompatibilidad entre la concepción privatista y "la peculiar naturaleza del ordenamiento sindical" que se fundamenta sobre el interés de grupo, v. GIUGNI, op. cit., p. 102, n. 7.

<sup>274</sup> El objetivo de todas ellas es, sin embargo, el mismo: tratar de resolver la "vieja controversia" consistente en "cómo explicar, frente a los individuos, la eficacia jurídica y la inderogabilidad del convenio colectivo prescindiendo del recurso a la figuras privatistas de la representación y el mandato" (MARIUCCI, *La contrattazione...* cit., p. 305).

La tesis de la delegación parte del indiscutible carácter normativo del convenio colectivo que, consecuentemente, despliega una eficacia propiamente normativa que se proyecta objetivamente sobre las relaciones de trabajo sometidas. No es necesario, por tanto, recurrir al derecho privado para buscar el fundamento de la vinculabilidad del convenio, toda vez que éste constituye una norma de derecho objetivo que se impone, per se, en su ámbito de aplicación. Ahora bien, este reconocimiento parte de un presupuesto que, a modo de condición necesaria, acaba minando la originaria extraestatalidad del poder normativo colectivo. En efecto, contrapartida de dicho reconocimiento es la consideración del poder colectivo como un poder delegado de la ley. Por tanto, el fundamento del poder normativo de los sujetos sociales no es originario (extraestatal), sino que deriva directamente de una delegación efectuada por la ley que, a su vez, determina rígidamente tanto los sujetos y el procedimiento a seguir para negociar convenios colectivos, como sus efectos<sup>275</sup>. En otras palabras, los sujetos colectivos gozan de una potestas normandi conferida directamente por la ley<sup>276</sup>, que se define por su carácter reglado, de manera que, tanto su condición de norma jurídica, como el despliegue de los efectos normativos está condicionado al seguimiento de las directrices establecidas imperativamente por la norma legal. Consecuencia de ello va a ser la más absoluta desfiguración del producto convencional, que acaba perdiendo sus genuinas señas de identidad y, de forma señalada, su condición de norma autónoma.

En efecto, esta tesis, que tuvo su apogeo en los modelos corporativistas de relaciones laborales, termina negando el carácter de fuente del derecho del convenio, y

---

<sup>275</sup> Por ello, no es de extrañar que parte de la doctrina, sobre todo la italiana y alemana de la época (v. PERGOLESI: "Il carattere giuridico della convenzione collettiva di lavoro", RDP-1928 (I), p. 343 ss.; BETTI: "Sulla base giuridica del potere regolamentare", RDP-1927, p. 2 ss.), asimilase el convenio al reglamento administrativo. Una crítica al respecto en, GALLART Y FOLCH, op. cit., p. 110-111).

<sup>276</sup> Como señala GIUGNI, este tipo de convenio "era en realidad un instrumento de descentralización normativa en el interior del Estado" (cit. en RODRÍGUEZ-PIÑERO, art. ult. cit., p. 33).

ello, sin perjuicio de cual sea la dicción legal<sup>277</sup>. No se puede decir que el convenio sea una norma con fundamento en la autonomía colectiva, sino el mero fruto de una delegación de ley<sup>278</sup>. No se trata, en consecuencia,, de una norma autónoma, sino una norma "legalizada"<sup>279</sup>. De esta manera, su configuración jurídica no es la de una norma colectiva en el sentido antes expresado, es decir, no es una fuente formal que tenga su correspondencia, en el plano material, con la autonomía colectiva<sup>280</sup>. Su normatividad, por el contrario, es una normatividad no originaria sino derivada de la ley<sup>281</sup>

---

<sup>277</sup> La desnaturalización de la figura del convenio colectivo en estos regímenes ha sido denunciada, en general, por la doctrina no afín. Como acertadamente señalaba en su día RODRÍGUEZ-PIÑERO (op. cit., p. 179), "tanto el convenio marxista, como el corporativo autoritario, son meras apariencias de convenios, son un medio de interesar a los trabajadores en la marcha de los acontecimientos pero no son, en modo alguno, normas que tengan su origen en la autonomía social de las partes, como debe ser en el convenio genuino".

<sup>278</sup> Como afirma VARDARO, "el convenio colectivo, cesaba, en suma, de ser acto de autonomía y momento de un más amplio complejo proceso de producción normativa extraestatal y venía transformado en heterocomando" (cit. en RODRÍGUEZ-PIÑERO, art. ult. cit., p. 33). Esta transformación que operaba en la naturaleza del convenio colectivo la intervención legal había sido ya puesta de manifiesto por CARNELUTTI, "Contratto collettivo", cit., p. 184.

<sup>279</sup> Por eso, será denominado por la doctrina "convenio colectivo estatizado" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 176), poniendo en evidencia, a través de un "análisis sustancial" que no estamos ante un "auténtico convenio", sino "ante una institución diferente así denominada por capricho legislativo" (p. 177). Sobre la "patente contradicción" que ello supone, v. RAMM, art. cit., p. 799).

<sup>280</sup> En efecto, es fácil apreciar que tal conclusión tendría como resultado la escisión entre fuente material (negociación colectiva) y fuente formal (producto de esa negociación). Sólo sería relevante para el derecho la segunda, que es la que cuenta con la atención legal, quedando la primera, por su extralegalidad, apartada en el mundo de lo fáctico. Al no ser relevante para la ley, tampoco lo es para el derecho. Desde esta perspectiva, las únicas fuentes existentes son las definidas por la ley (positivadas o formales). El convenio o, en su caso, otro producto negocial (acuerdo), lo será en la medida en que así sea decidido por la ley. El concepto "negociación colectiva" no denominará a una fuente en sentido material, sino a un mero procedimiento reglado de producir "normas". Su única relevancia jurídica vendrá dada por su carácter de actividad conducente a la producción de convenios; ahora bien, siempre y cuando dicha actividad se encuentre legalizada, es decir, sea diseñada, totalmente o en sus contornos principales, por la ley. Como señala VARDARO (Contrattazione... cit., p. 46), aludiendo al "experimento corporativo italiano", este tipo de teorizaciones concluyen con la "afirmación de una exigencia de 'racionalidad formal' definitivamente privada de toda conexión con la 'racionalidad material' del fenómeno social", lo que, a la postre, supone la reafirmación de "una noción absolutista de racionalidad formal".

<sup>281</sup> Trasladándonos a nuestro esquema de análisis, podemos comprobar que la línea que conectaba la norma (convenio) con su origen último (poder social) aparece colapsada como resultado de la intermediación legal. En efecto, dicho proceso de juridificación, catalizado por la negociación colectiva, que era concebida como fuente en sentido material y, por tanto, como referente obligado de toda norma positiva colectiva (fuente formal), queda interrumpido por la ley cuando ésta se erige, con carácter decisivo, en definidora de la fuente formal (convenio). Esta, por tanto, ya no traería causa de su referente extrapositivo

y, por tanto, la fuente material de la que trae causa es el poder del Estado<sup>282</sup>. De este modo, acorde con la lógica de los sistemas corporativos, la apropiación de la fuente autónoma por parte del Estado significa, en definitiva, la absorción de un poder "competidor", presupuesto necesario, por su parte, para el reconocimiento por el Estado del valor normativo a los convenios<sup>283</sup>. De este modo, aunque en realidad no exista un poder social con capacidad normativa (fuente material) se mantiene la ficción con la existencia, sólo nominal, del convenio (fuente formal).

Desde esta perspectiva, por tanto, la intermediación de la ley se manifiesta decisiva en tanto que sería el único fundamento de la obligatoriedad de todo producto negocial, y ello debido a la imposibilidad de buscar, sorteando a la ley, vinculaciones inmediatas entre poder social y Constitución<sup>284</sup>. Por ello, la teoría de la delegación de la ley del poder normativo a los sujetos sociales, lleva a la misma solución que aportaban las clásicas explicaciones iuscivilistas<sup>285</sup>. De este modo, la definición legal del convenio y sus efectos trae como consecuencia que su proceso de fundamentación sea paralelo al del contrato. En efecto, al igual que veíamos en relación con las tesis contraturalistas puras, el fundamento de uno y otro es el mismo: el reconocimiento de un espacio de libertad de autorregulación por parte de la ley y la sanción por ésta de

---

inmediato (negociación colectiva), sino en la propia ley, que será la que le otorgue, en definitiva, la naturaleza y eficacia de norma jurídica.

<sup>282</sup> Desde este punto de vista, es obvia la anulación del poder social que este proceso supone (v. RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El valor cuasi-legal...cit., p. 33 y doctrina que cita), de manera que puede concluirse que "la estatalización del convenio ha significado sustancialmente la supresión del mismo como institución" RODRÍGUEZ-PIÑERO, Eficacia general...cit., p. 182).

<sup>283</sup> Destacando este dato fundamental de la "teoría de la ley delegada" (GALLART Y FOLCH, op. cit., p.108 ss.).

<sup>284</sup> En efecto, esta teoría, típicamente utilizada para la explicación de los modelos corporativistas (v. CARNELUTTI: Teoría del regolamento...cit., passim.), localizan "el fundamento de la fuerza normativa del convenio colectivo en una textual disposición de ley", lo que tiene como necesario presupuesto "un poder del sindicato derivado directamente de la ley". (SCOGNAMIGLIO, art. cit., p. 151).

<sup>285</sup> Sobre la esencial coincidencia entre las tesis subjetivistas y las objetivistas, habida cuenta su común raíz formalista, v. ut supra.

los efectos de lo acordado siempre y cuando se hayan seguido las reglas marcadas en los respectivos regímenes legales establecidos<sup>286</sup>. Autonomía colectiva y autonomía individual siguen siendo, por tanto, dos espacios reglados de autorregulación de intereses (autonomía privada). La diferencia ahora consiste en que al espacio de autorregulación colectiva queda absorbido en el aparato del Estado, es decir, se le publica<sup>287</sup>.

El proceso de publicación que, en definitiva, va a ser el presupuesto de la eficacia normativa del convenio, tiene como contrapartida inevitable el control absoluto de la forma de producción de los mismos, lo que a la postre significa una evidente instrumentalización de la supuesta norma colectiva. En conclusión, la tesis de la delegación es la respuesta, en clave objetivista, a las insuficiencias en el plano de los efectos de las tesis contractualista puras (o subjetivistas)<sup>288</sup>. Sin embargo, ambas responden a los mismos esquemas tradicionales de comprensión de la relación

---

<sup>286</sup> Destacando esta asimilación, LYON-CAEN, "Anomie...cit.", p. 175.

<sup>287</sup> Este es, sin duda, el fundamento de la superioridad del convenio frente al contrato. La asimilación por el Estado de la norma colectiva permite la asignación a los productos de ésta de un valor superior frente a los derivados de la autonomía individual. En efecto, al poner bajo control al poder autónomo integrándolo en el aparato del Estado, desaparece el peligro de la existencia de una especie de "competidor" en la regulación de las relaciones de trabajo que, de este modo, quedan absolutamente controladas por el poder estatal. Por eso, no hay ningún problema para insertar al convenio colectivo entre las fuentes estatales. La predeterminación absoluta de las normas sobre la producción jurídica por el legislador, organizando procedimientos, seleccionando sujetos legitimados y, en última instancia, otorgando eficacia al acuerdo alcanzado, lleva a que nos hallemos ante una "autonomía colectiva pública" (la expresión es de RUSCIANO, op. cit., p. 29), es decir, ante una "suerte de poder legislativo subdelegado" (LYON-CAEN, "Anomie...cit.", p. 175).

<sup>288</sup> Por ello, la figura del "contrato normativo" no tuvo ninguna dificultad teórica en implantarse como solución técnica a la configuración jurídica del convenio, contentando tanto a los subjetivistas, que buscaban su fundamento en el derecho de obligaciones, como a los objetivistas, que lo consideraban fuente del derecho (no hay que olvidar que, para KELSEN, el contrato era normativo, es decir, fuente del derecho objetivo, por su propia naturaleza, v. *ut supra*). La figura, por tanto, resolvía, al menos formalmente, el problema de la superioridad en el plano de los efectos del convenio sobre el contrato, pero dejaba incólume el dilema tradicional, de fondo, entre su naturaleza y eficacia. Pero, como hemos visto, la solución del "contrato normativo" era, a todas luces, insatisfactoria desde la propia lógica iusprivatista. Su definición como "aquel en el que se pactan disposiciones que deben ser determinantes para los contratos individuales frente a los contratos obligatorios normales" (HUECK-NIPPERDEY, op. cit., p. 322), no supone otra cosa que una derogación del *ius civile* por el legislador. Como se ve claramente en las experiencias corporativas, esta es, simplemente, una manifestación de la configuración legal del convenio. En definitiva, la normatividad del contrato trae causa de la ley que es la que le otorga, con efectos constitutivos, la fuerza vinculante.



ley/convenio (poder estatal/autonomía colectiva)<sup>289</sup>.

En efecto, la confluencia de las tesis privatistas (subjetivistas) y publicistas (objetivistas) en las líneas de solución aportadas en relación con la naturaleza jurídica de estos instrumentos, aunque pudiera resultar paradójica, no debe, sin embargo, sorprendernos. Aun sosteniendo perspectivas analíticas aparentemente diferentes, e incluso enfrentadas, ambas parten de un único e indiscutible presupuesto: la configuración del derecho sobre la base de la oposición Estado/individuo. En consecuencia el fenómeno colectivo debe reconducirse a las teorizaciones que, bien en clave subjetivista, bien de índole objetivista, se deduzcan de aquél presupuesto básico. El resultado, en todo caso, no podría ser otro que la negación de relevancia alguna al fenómeno colectivo.

Como se puede apreciar, en el fondo de la aludida confluencia de las explicaciones teóricas, lo que subyace es un problema político: el rechazo al reconocimiento de una esfera de autonormación a los sujetos colectivos, supondría la ruptura de la distribución del poder en la que se basaba el ordenamiento jurídico propio del Estado liberal. En efecto, desde la lógica liberal-individualista, el cuestionamiento del binomio Estado/individuo<sup>290</sup> mediante el

---

<sup>289</sup> Y ello a pesar de que, ahora no se trate de "un debate contra el individualismo, sino contra el dirigismo" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 188). En todo caso, hoy podemos constatar cómo los principales ataques a la esencia normativa del convenio provienen de ambas vías que, por otra parte, no son más que dos caras de la misma moneda. En el fondo, el debilitamiento de la figura del convenio que por una u otra vía se consigue, favorece claramente su instrumentalización para fines diversos a los que le son propios (v. ut supra) y, simultáneamente, provocan su desnaturalización como fuente reguladora de las relaciones individuales de trabajo.

<sup>290</sup> Términos que, en ningún caso, denotan contraposición alguna sino complementación, resultando ser las dos caras de la misma moneda. En este sentido, y aludiendo a las insuficiencias iusprivatistas, CESARINI SFORZA concluye señalando cómo "ni siquiera la concepción individualista de los intereses sirve para caracterizar las colectividades organizadas frente al Estado. Obsérvese que el individualismo jurídico y soberanía estatal no son conceptos contradictorios ni política ni jurídicamente". En definitiva, el derecho colectivo quedaría desterrado de este esquema bipolar. En efecto, "frente al individuo solamente puede afirmarse la supremacía del Estado", de manera que "ningún particular puede crear derecho objetivo dentro del ordenamiento estatal, y sólo el negocio jurídico y el contrato son fuentes de poderes y obligaciones de Derecho privado. Así el principio de supremacía del Estado y de la autonomía individual coexisten y se armonizan, como coexisten y se armonizan el Derecho público con el Derecho privado" (op. cit., p. 162-163).

reconocimiento de poder normativo a los grupos sociales, supondría no sólo una distorsión en sus esquemas teóricos, sino, lo que es más importante, una verdadera quiebra en sus fundamentos. De ahí la necesidad de reconducir toda innovación a los clásicos y pretendidamente inmutables esquemas de análisis.

Esta consideración es, a todas luces, desconocedora de la verdadera naturaleza de esta importante fuente de producción normativa<sup>291</sup>, y desprecia su trascendencia histórica en el ámbito de las relaciones laborales<sup>292</sup>, cuyo reconocimiento, por otra parte, ha sido el motivo de su consagración constitucional<sup>293</sup>. Es evidente, por tanto, que la concepción que se desprende de las tesis formalistas, sea en su versión privatista (convenio=contrato), sea en su versión objetivista (convenio=norma delegada) no es propia de un sistema democrático de relaciones laborales. En efecto, tampoco la alternativa objetivista o publicista, consistente en la asunción por el Estado, a través de la ley, del papel de definir qué sea negociación colectiva, como presupuesto para considerar como norma (estatal) al convenio, es aceptable<sup>294</sup>. Dicha solución constituye uno de los modelos posibles, como se ha constatado históricamente (épocas corporativistas), pero, como se sabe, hablar de negociación

---

<sup>291</sup> Como señalaba en su día CESARINI SFORZA (op. cit., p. 165), "el derecho colectivo es siempre Derecho objetivo (que naturalmente no significa "estatal") incluso si su fuente es el negocio jurídico".

<sup>292</sup> Como señala MENGONI ("Legge...cit.", p. 289) tales teorizaciones trastocan el alcance histórico-político del reconocimiento del convenio colectivo, el cual ha sido 'arrancado' al Estado por el movimiento sindical, y, por tanto, no supone la integración del convenio colectivo en las fuentes del ordenamiento del Estado, sino todo lo contrario: significa la victoria de la tendencia opuesta a la centralización de la competencia de regular las relaciones de trabajo en la esfera del poder estatal".

<sup>293</sup> Es destacable al respecto, nuestro actual modelo (v. infra).

<sup>294</sup> Como señala PERSIANI (op. cit., p. 21), aludiendo a la inserción teórica del convenio en el ordenamiento corporativista, dichos esquemas "correspondían aún al paradigma liberal ochocentescos en cuanto, moviéndose en la alternativa individuo-Estado, continuaba negando toda relevancia a los fenómenos intermedios. De esta manera, "se continuó haciendo recurso al esquema de la representatividad, aunque ahora fuera legal y no voluntaria, y de la categoría profesional y no del individuo". Por eso no es tan evidente que, como afirma VARDARO (Cfr. Contrattazione...cit., p. 46), la construcción corporativista supusiera "un vuelco de las premisas político-jurídicas de la calificación privatista del convenio colectivo".

colectiva en estos casos sería un ejercicio de puro nominalismo<sup>295</sup>.

## b.2) La tesis de la recepción.

Como se ha podido comprobar, los esfuerzos explicativos aportados por las primeras construcciones teóricas no trajeron consigo resultados satisfactorios para la comprensión del problema del fundamento de la vinculabilidad del convenio. Indisociablemente unido al juicio ( o prejuicio) acerca de la propia naturaleza del convenio, esta cuestión, siendo esencial, no ha podido explicarse, sin embargo, ni partiendo de premisas típicamente subjetivistas, ni desde las que hemos denominado tesis de la delegación. En efecto, aunque estas últimas suponían un paso más en dicho proceso comprensivo, pues efectuaban una diferenciación tipológica entre las figuras del convenio y el contrato que no se producía en las tesis contractualistas, tampoco explican satisfactoriamente la fundamentación de la superioridad, en el plano de los efectos, del convenio sobre el contrato. Ello se debía, fundamentalmente, a la negación de la originaria extraestatalidad de la norma colectiva, lo

---

<sup>295</sup> Un ilustrativo ejemplo al respecto, viene dado por la experiencia corporativista española, donde hablar de negociación colectiva propiamente dicha requería grandes dosis de imaginación. La regulación heterónoma de todo el proceso negociador que, además, se desarrollaba en el seno de un organismo "sólo eufemísticamente calificable de sindical" (Organización Sindical); v. GONZÁLEZ ORTEGA: "La negociación colectiva en el sistema español de relaciones laborales" en Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, US-SEVILLA, 1978; p. 161 ss.; la cita en p. 168). De esta forma "la negociación colectiva que en este marco ha podido desarrollarse ha sido forzosamente irreal pues partía, como requisito básico, de la marginación de genuinas organizaciones sindicales en cuanto instrumentos de defensa de intereses de clase en la fijación de las condiciones de trabajo (...). La finalidad esencial, pues, de este modelo ha sido sofocar la dinámica de la acción sindical y de las manifestaciones de la lucha de clases excluyendo todo tipo de opción autónoma en cuanto expresión de centros de poder social diversos y ajenos a la influencia y al control estatales" (p. 168-169). El reconocimiento de una parcela de autonomía colectiva, libre de toda injerencia estatal, constituye, por tanto, un presupuesto insoslayable para que la actividad, así desarrollada, pueda denominarse con propiedad negociación colectiva. Toda intervención estatal debe tener en cuenta las limitaciones que se derivan del mencionado presupuesto, y, en consecuencia, autolimitarse. De lo contrario, si la regulación heterónoma prescinde de todo punto de referencia al respecto, el ejemplo expuesto no será tan lejano como pudiera parecer, ya que las diferencias en relación a hipotéticos modelos de negociación de configuración legal será simplemente de matiz: todo dependerá de sutiles variaciones de intensidad.

que, a la postre, termina negando la autonomía de la norma colectiva.

El carácter originariamente extraestatal de este poder normativo, siendo evidente, necesitaba un marco teórico donde incardinarse satisfactoriamente<sup>296</sup>. De ahí que los esfuerzos teóricos se desplazasen, reaccionando contra el estatismo subyacente a la tesis de la delegación, hacia perspectivas menos formalistas encontrando finalmente en la teoría pluralista un filón inestimable.

En efecto, sólo la sustracción del ordenamiento estatal de esta esfera de autonormación, integrando un ordenamiento propio ("ordenamiento intersindical"), haría posible una fundamentación coherente del carácter originario de este poder normativo autónomo<sup>297</sup>.

Sin embargo, salvando la originaria extraestatalidad en el plano creativo, las dificultades explicativas de estas perspectivas metodológicas se pondrán de manifiesto, como

---

<sup>296</sup> Como hemos visto, todos los intentos constructivos en clave privatista resultaron baldíos (v. PERSIANI, op. cit., p. 30 ss.) pues obviaron el dato básico de que la autonomía colectiva constituía realmente un poder ordenador que, como tal, no podría ser encuadrado en los tradicionales espacios de libertad reconocidos por el Estado a los sujetos individuales (autonomía privada). Como señala VARDARO (*Contratti...* cit., con esta indiferenciación "no sólo no se lograba individualizar un efectivo criterio de coordinación jurídica entre actos de autonomía individual y actos de autonomía colectiva, sino que se proyectaba tal incertidumbre también sobre el propio concepto de autonomía colectiva que, no obstante los esfuerzos doctrinales, terminaba configurándose como expresión de autonomía privada, pero no lograba ser efectivamente distinguible de la autonomía individual". En definitiva, la cuestión sólo puede encontrar una vía de solución si se tiene en cuenta que es precisamente aquel dato, el de la existencia de un poder (que, como hemos visto se cristaliza jurídicamente en el concepto de autonomía colectiva), el que fundamenta la normatividad de los convenios y el que, en negativo, lo diferencia del contrato. Por tanto, éste debe ser el criterio delimitador entre los productos negociales y los que, sin llegar a serlo realmente, guarden la apariencia de tales, enmascarando que en esencia no son productos derivados de una negociación colectiva propiamente dicha sino de una imposición unilateral del empresario.

<sup>297</sup> Como el propio GIGUNI pondrá de manifiesto ("Il diritto sindacale..." cit., p. 205), "la teoría del ordenamiento intersindical ha sido elaborada con la intención específica de ampliar y articular el campo de investigación más allá de los límites de la metodología civilista". De este modo, se pone de manifiesto la verdadera función jurídica del convenio, estableciendo las bases "para la superación de su reducción a un típico caso de contrato normativo" (LIEBMAN, "Autonomia..." cit., p. 74). Ello va a traer consigo la posibilidad de diferenciar, en el plano metodológico, "privatización" y "sindicalización" del proceso del trabajo (GIUGNI, art. ult. cit., p. 204, n. 47). Ello significa un indudable avance, al permitir fundamentar jurídicamente la originaria extraestatalidad del poder sindical, superando así "la vieja lógica individualista" (RUSCIANO, op. cit., p. 54).

hemos visto, en el plano aplicativo. De este modo, la necesaria integración de las normas colectivas en un ordenamiento jurídico, por definición, unitario, hace que la ley vuelva a aparecer como referente insoslayable, fundamentando, a la postre, la eficacia jurídica de aquéllas.

Este es sin duda el principal defecto de la llamada tesis de la recepción, que, a pesar del eludir inicialmente el escollo que representaba el carácter decisivo de la intervención legal en la fundamentación de la validez de la norma colectiva, termina cayendo en él cuando se trata de fundamentar su eficacia. De este modo, pretendiendo dar una explicación a la extraestatalidad de las normas colectivas, lo único que logra es retrasar el momento en el que situar la insoslayable y decisiva intervención del legislador al efecto<sup>298</sup>. En última instancia, ello supone una renuncia al mantenimiento de los postulados que se erigían como punto de partida, que, inevitablemente, acaban siendo contradichos, por lo que su inicial virtualidad explicativa desaparece.

---

<sup>298</sup> Por ello, en relación con el proceso de juridificación de la negociación colectiva como fuente, conviene no confundir "originalidad", que se refiere a su carácter extraestatal, con "autonomía" que supone, además, el mantenimiento de aquella fundamentación originaria hasta sus últimas consecuencias (en contra, ALIPRANTIS, op. cit., p. 30 ss., que considera que dicha autonomía originaria "es un instrumento conceptual, un medio de análisis y, por tanto, de reconocimiento jurídico de las relaciones profesionales colectivas", pero con una relevancia meramente sociológica sin que pueda ser utilizada a "finés prácticos" desde el punto de vista jurídico; en el fondo, tal posición acaba haciendo inútil, por superfluo jurídicamente, el intento de fundamentación originaria del que el autor llama "orden jurídico socio-profesional", ya que para él, el análisis jurídico propiamente dicho comienza con la recepción del convenio en el ordenamiento estatal, pero no antes. El hecho de que no lo haga, es que para este autor, no sólo es posible separar el "conocimiento teórico" de sus "consecuencias prácticas", sino que le parece "criticable" querer establecer una relación causa-efecto entre ellas. Así en una enigmática frase afirma: "a este nivel, el esfuerzo de construcción teórica debería estar exento de consideraciones prácticas" (p. 31). Efectuar esta afirmación, calificarla de importancia "capital" y no traer a colación argumentos que la aclaren mínimamente es decir muy poco al respecto. Con independencia del alcance que se le otorgue a esta conclusión (el autor no lo aclara, a pesar de concederle una importancia "capital"), una concepción unitaria de ordenamiento jurídico, no tiene porqué prescindir del fundamento originario de la autonomía colectiva. Dicha originalidad no es, por tanto, un mero hecho o dato sociológico. Antes al contrario, como hemos comprobado (v. ut supra), el proceso de juridificación de la autonomía colectiva supone otorgar plena relevancia a este carácter básico del poder colectivo. Esto significa que, en el plano de la positividad debe quedar transparente la conexión entre fuente formal y la material de la que trae causa, de manera que se trate de un proceso no interferido. Presupuesto de todo ello es, sin duda, el mantenimiento de la independencia de los sujetos y, consecuentemente, de su poder autónomo. La intervención legal, sea cual fuere la intensidad con que se produzca, no puede hacernos perder de vista esta perspectiva. De lo contrario, se corre el riesgo, siempre presente, de cambiar "el epifenómeno por el fenómeno" (PROSPERETTI, op. cit., p. 108).

Fundamentalmente, dicha contradicción se ponía de manifiesto en el acto de recepción del ordenamiento intersindical en el estatal que, siendo ineludible, pues constituía la única posibilidad de poner en contacto ambos ordenamientos<sup>299</sup> significaba hacer depender, en última instancia, la existencia normativa del convenio y su eficacia jurídica de la sanción estatal que, por ello, se convertía en un acto constitutivo, y no una mera consecuencia, de su naturaleza jurídica<sup>300</sup>. De este modo, el carácter de fuente formal del derecho de los productos del ordenamiento autónomo dependía de la sanción estatal<sup>301</sup>.

La única diferencia entre este mecanismo de reconocimiento o recepción y el de la delegación antes aludido (ambos comparten la condición de ser vías de integración de fuentes indirectas en ordenamientos complejos, es decir, con más de una fuente formal), consistiría, por tanto, en la dimensión que se le otorga al fenómeno colectivo<sup>302</sup>, pero en ningún caso la autonomía colectiva puede prescindir de la intermediación legal para que sus productos desplieguen efectos normativos<sup>303</sup>. De forma congruente con este planteamiento, la discusión se centraría, exclusivamente, en calificar a la autonomía privada, bien como "fuente reconocida", bien como "fuente delegada"<sup>304</sup>. Aparte de la impropiedad del uso del término "fuente" para

---

<sup>299</sup> Sobre esta necesaria "comunicación", v. RUSCIANO op. cit., p. 53.

<sup>300</sup> De forma explícita, ALIPRANTIS, op. cit., p. 31.

<sup>301</sup> Lo que la convierte en lo que BOBBIO denomina una fuente "indirecta" (Teoría del ordinamento...cit., p. 27).

<sup>302</sup> De este modo, "en la recepción el ordenamiento jurídico acoge un producto ya elaborado y en la delegación, lo hace ordenando una producción futura" (BOBBIO, op. ult. cit., p. 28).

<sup>303</sup> De este modo, tampoco la "teoría de la recepción" representará una alternativa convincente. Así, ALIPRANTIS (op. cit., p. 35), a pesar de desechar la teoría de la delegación, ya que "parece que ha sido defendida conscientemente con fines políticos, a saber, para restringir el poder normador de los antagonistas sociales", no advierte que la teoría de la recepción que propone lleva a similares resultados. En este sentido, GIUGNI (op. cit., p. 62), que pondrá de manifiesto cómo el acto de reconocimiento estatal "constata un dato no estatal, pero, en el acto de constatarlo, lo crea como realidad jurídica nueva".

<sup>304</sup> V. BOBBIO, op. cit., p. 29 ss.

hacer referencia a la autonomía privada<sup>305</sup>, lo que resulta evidente es que la concepción de la autonomía colectiva como una particular manifestación de la autonomía privada, tendría como consecuencia la necesidad de optar, alternativamente, por uno de esos dos cauces de integración expresados. El resultado, en uno y otro caso, sería la negación de la negociación colectiva como fuente material (o "directa") del derecho, al ser decisiva la intermediación legal, no para la creación, pero sí para la eficacia normativa de los productos convencionales.

En conclusión, aquí confluyen (y sucumben), al fin, tanto las teorías en clave formalista, bien privatistas o subjetivistas (convenio=contrato), bien publicistas u objetivistas (convenio=ley delegada), como las de tipo ordinamentalista (convenio=norma de ordenamiento extraestatal). Siendo las primeras más elementales, pues anulan, en mayor o menor medida, esa autonomía originaria de la norma colectiva, tampoco las segundas resultan convincentes. En efecto, enfrentadas al problema de tener que explicar la relación interordinamental (habida cuenta de los imperativos que se deducen de una consideración unitaria del fenómeno jurídico, dato que, por otra parte, se hace evidente en el momento de la aplicación del derecho), se ven obligadas, a la postre, a tener que reconocer, mediante teorías como la de la recepción, la inexorable superioridad del ordenamiento estatal y, lo que es peor, el carácter decisivo de la intervención legal (articulada a través de un acto de reconocimiento) en la calificación jurídica del producto recibido<sup>306</sup>.

En gran medida, como hemos visto, la insatisfactoria solución a la que se llega desde estas tesis tiene su raíz en mezclar métodos tan dispares como el normativista y el

---

<sup>305</sup> V. ut supra.

<sup>306</sup> Una acertada crítica a la técnica del llamado "reenvío recepticio" en FERRARO, op. cit., p. 280.

pluralista<sup>307</sup>, lo que, en sí mismo, constituye, esencialmente, un claro abuso del sincretismo metodológico (cuyos límites, como veíamos, venían impuestos por la necesidad, no observada, de que los métodos en cuestión fueran armonizables), que, a la postre, no solventa el problema de fondo del que parte, es decir, la integración de un ordenamiento en otro salvando la autonomía del primero, cayendo, de forma irremediable, en la negación de dicha autonomía originaria cuando se hace evidente que el carácter de norma proviene del acto legislativo de reconocimiento o recepción<sup>308</sup>. La teoría del ordenamiento intersindical<sup>309</sup>, por su parte, consciente de tal dificultad, es más fiel al método pluralista, ya que, agotando su rentabilidad para el descubrimiento de las pautas analíticas que rigen la relación ley/negociación colectiva, mantiene la autonomía hasta el momento de la aplicación del derecho, punto de contacto definitivo entre los dos ordenamientos. Sin embargo, queda sin explicar el fundamento y las consecuencias de la intervención legal en el plano de los efectos, dentro de un sistema jurídico esencialmente unitario<sup>310</sup>. Queda patente, por tanto, la imposibilidad de llevar hasta sus últimas consecuencias las tesis pluralistas, al menos, en lo que se refiere a sus versiones ordinamentalistas.

En definitiva, si se quiere asignar al dato de la originalidad, resaltado por las tesis ordinamentalistas, alguna virtualidad jurídica no es posible acudir a la técnica de la recepción. La absorción del ordenamiento intersindical por el estatal que, inevitablemente, provoca dicha solución, lleva a que la relevancia endoestatal de los productos negociados sean producto de un espacio de autonomía

---

<sup>307</sup> Así, ALIPRANTIS, op. cit., p. 2-3.

<sup>308</sup> V. ut supra.

<sup>309</sup> V. GIUGNI, op. cit., p. 81 ss.

<sup>310</sup> En concreto, sin poner en duda las ventajas metodológicas de la teoría ordinamentalista, se ha cuestionado su "utilidad técnica a nivel de reconstrucción jurídica" (PROSPERETTI, op. cit., p. 103), es decir, cuando "el fenómeno de la negociación colectiva viene tomado en consideración en su tradicional función normativa en relación a las relaciones individuales de trabajo" (PERSIANI, op. cit., p. 50).



reconocido por el ordenamiento estatal<sup>311</sup>. Este hecho irrefutable reduce considerablemente la virtualidad práctica de las tesis ordinamentalistas<sup>312</sup>, y, además, como efecto colateral, provoca un excesivo protagonismo judicial en la calificación del producto negocial y en su relación con la ley<sup>313</sup>.

### b.3) La tesis de la llamada "eficacia real".

La variante más acabada de este grupo de tesis intermedias es aquélla que, matizando las exageraciones en las que incurre las tesis ordinamentalistas (a la postre, insuficientes para dar una respuesta satisfactoria al problema), parte, igualmente, del mantenimiento de la originaria extraestatalidad del poder colectivo, pero sin renunciar a una visión integrada y unitaria del sistema jurídico.

El avance respecto de la tesis de la recepción consiste en que la fundamentación de la vinculabilidad del convenio hace abstracción de la intermediación legal. El convenio despliega sus fuerza vinculante sobre las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación per se, es decir, sin necesidad de encontrar fundamento directo en un eventual concurso de la ley.

En efecto, para los defensores de esta tesis, el convenio colectivo, como producto de una actividad desarrollada por sujetos colectivos, debe ser algo más que

---

<sup>311</sup> Esta última constituye, sin duda, la insuficiencia explicativa más notable del llamado "estilo italiano", caracterizado por querer compaginar la "concepción privatista-prestatal de la libertad de negociación colectiva y la concepción privatista-endoestatal del convenio" (v., poniendo de manifiesto la antítesis de fondo, VARDARO, Contrattazione...cit., p. 56 ss. y 99-100).

<sup>312</sup> VARDARO, Contrattazione...cit., p. 97 ss.

<sup>313</sup> DE LUCA TAMAJO, La norma inderogabile nel diritto del lavoro, JOVENE-NAPOLI, 1976; p. 124 ss.

un simple contrato, puesto que despliega unos efectos sobre las relaciones individuales no calificables de meramente obligacionales. Además, intentando eludir el control estatal en el proceso creativo, se parte de la base de que la fundamentación de esa superioridad del convenio se encuentra en el poder originario (extraestatal) de los sujetos colectivos.

Sin embargo, llegados a este punto, se plantea la duda sobre las consecuencias que trae consigo la intervención legal en el plano de los efectos de los productos convencionales. Concebida, de nuevo, como un espacio de autonomía privada, la autonomía colectiva debe gozar de una mejor condición que la autonomía individual, por lo que la función de la ley es garantizar esa superioridad en el plano de los efectos<sup>314</sup>. De este modo, el poder normativo social, aún siendo autónomo, sólo encuentra expresión jurídica diferenciada gracias al apoyo legal en el plano de los efectos, único modo en el que, sin sobrepasar los límites estructurales de la autonomía privada, encuentra su identidad tipológica (autonomía colectiva) que, a su vez, constituye el fundamento de su superioridad frente al contrato. Pero ello no quiere decir que esos efectos sean, propiamente, normativos, ni que el convenio colectivo sea una norma jurídica.

Sólo si, además, la intervención legal incide sobre el alcance intersubjetivo del convenio, declarando su eficacia general, el convenio se convierte en una verdadera norma jurídica. De este modo, su calificación jurídica de norma se contempla, por tanto, como un dato inexcusablemente vinculado a la intervención legal. Para llegar a ser norma se requiere que la intervención legal, en el plano de los efectos del convenio, suba un peldaño<sup>315</sup> y afecte al ámbito de aplicación subjetiva de éste, convirtiendo su connatural eficacia

---

<sup>314</sup> Efectuando para ello las necesarias derogaciones de las normas de derecho privado.

<sup>315</sup> Es decir, no se quede sólo en una intervención que afecte a la "intensidad" de la eficacia, sino también a su "extensión" (v. infra).

limitada en eficacia general o erga omnes<sup>316</sup>.

En conclusión, para esta tesis el convenio no es, en sí mismo, una norma perfecta pues no puede prescindir del auxilio legal para lograr plenamente eficacia normativa. De esta manera, sin dicho auxilio no alcanza la categoría de norma, quedándose en la de un mero "acto normativo"<sup>317</sup> con cierta eficacia que, sin llegar a ser normativa tampoco es obligacional, sino "real"<sup>318</sup>.

La llamada "eficacia real" se materializa en los conocidos efectos inderogable, automático y sustitutivo del convenio frente al contrato individual. El despliegue de estos efectos en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, por tanto, confiere, al convenio una eficacia propia de una norma, pues tales efectos son los que generalmente se anudan, como típicos, a una norma jurídica. Sin embargo, a pesar de ello, se integran bajo la ambigua denominación de "eficacia real", tipificando así, los efectos que se derivan, no de una norma sino de un tipo determinado de contrato o cuasi-norma ("acto normativo")<sup>319</sup>.

---

<sup>316</sup> Estas son las consecuencias que se extraen de la construcción de VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., *passim*.

<sup>317</sup> La expresión es utilizada, indistintamente junto con la de "contratto", por MENGONI ("Legge e...cit.", p. 693 y 692 respectivamente). También la emplea VALDÉS DAL-RÉ (cfr. op. cit., p. 86) para calificar la naturaleza jurídica del convenio colectivo extraestatutario, al que categoriza como un "acto normativo intermedio".

<sup>318</sup> Uno de los principales defensores de esta tesis ha sido MENGONI ("Legge e autonomia collettiva", cit., p. 693), que al denominar a esta forma de vinculación "eficacia real", intenta distinguirla, en cuanto a su alcance, de la meramente obligatoria que es la propia de la autonomía individual. De este modo, destaca cómo "en virtud de esta eficacia constitutiva de límites no simplemente obligatorios, sino reales a la autonomía individual, el convenio colectivo se incardina entre las fuentes de integración de la relación de trabajo (...), concurriendo directamente a determinar los efectos del contrato individual sin necesidad de la mediación de la voluntad de las partes, es decir, sin necesidad que sus cláusulas sean traspuestas al contenido del contrato". (Obsérvese que, incluso en términos similares, la STC 58/85 (FJ 3º) utiliza esta argumentación para integrar el contenido de la expresión constitucional (37.1 CE) "fuerza vinculante", que, por su parte, ha sido interpretada por la mayoría de la doctrina española como eficacia normativa).

<sup>319</sup> En nuestro país la expresión ha sido acogida, en el ámbito de la doctrina iuslaboralista, por VALDÉS DAL-RÉ (op. cit., p. 56 ss.) y seguida, entre otros, por MERCADER UGUINA (op. cit., p. 342 ss.). Mediante ella se ha intentado fundamentar la figura del llamado convenio colectivo extraestatutario, al que, negando su condición de norma jurídica, se le reconocen, no obstante, los efectos propios de la misma (automático, inderogable y sustitutivo) y así, imponerse de forma vinculante a las relaciones individuales de trabajo. Al no estar

Como puede apreciarse, este tipo de tesis adolecen de lo que se ha venido a llamar "inversión del método"<sup>320</sup>, equívoco consistente en analizar los efectos que el convenio despliega (o debe desplegar, en buena lógica) frente a las relaciones individuales de trabajo para, posteriormente, efectuar la correspondiente calificación jurídica del mismo<sup>321</sup>. Como quiera que constituye un hecho difícilmente

---

incardinado en el sistema de fuentes, este tipo de convenio no se le puede atribuir eficacia normativa, que queda reservada para el convenio colectivo estatutario que sí se encuentra entre las fuentes del ordenamiento jurídico español, participando, en consecuencia de la correspondiente naturaleza normativa. En definitiva, se viene a decir que si bien ambos parten del mismo fundamento constitucional, compartiendo, por ello, en el plano de la eficacia, los efectos derivados del reconocimiento de la fuerza vinculante, por obra de la ley, sin embargo, sólo uno de ellos, el negociado conforme a las prescripciones estatutarias, es norma, quedando el otro relegado a la "misteriosa" condición de "acto normativo" (en definitiva, por sus efectos, una especie de "supercontrato"). Es la ley, por tanto, la que otorga la naturaleza de norma, de manera que, a pesar de no tener ninguna relevancia en el plano de la intensidad de los efectos (la tendrá sólo en el de la extensión de la eficacia), la intermediación legal se muestra decisiva para definir qué es fuente o no, y ello, sin perjuicio del silencio constitucional al respecto. La contradicción se muestra insalvable, por tanto, si, como se hace, se parte del fundamento constitucional del poder normativo de los sujetos sociales (compartiendo la tesis de la STC 58/85, FJ 3°): es obvio que dicho fundamento es incompatible con el carácter decisivo que se le otorga a la intermediación legal. Por otra parte, además, la caracterización del convenio colectivo extraestatutario como un tertium genus entre norma y contrato supone una salida ecléctica que no soluciona la cuestión de forma satisfactoria. En primer lugar, aparte de lo difuso de la categoría "acto normativo", lo que se hace evidente es la adscripción forzada que en ella se hace del convenio colectivo extraestatutario, ante la imposibilidad teórica de ser norma o contrato. No puede ser contrato, pues no podría explicarse su oponibilidad a las relaciones individuales de trabajo. Pero tampoco es norma porque ello supondría su indiferenciación con el estatutario, una vez que se ha desechado (al menos en teoría, ya que al final se convierte en decisivo para la mencionada calificación jurídica) la eficacia general como criterio definitorio de la normatividad. Para evitar toda la serie de inconvenientes que está última solución llevaría aparejada (relación de uno y otro tipo de convenios, y de ambos con la ley), se opta por su destierro del sistema de fuentes, lo que hace indiscutible la superioridad del estatutario, pero sin que ello suponga que el extraestatutario carezca de repercusiones en el plano de su eficacia frente a las relaciones contractuales. La forma en que éstas quedan vinculadas por uno y otro convenio es la misma, al ser idéntico su fundamento constitucional (reconocimiento de la fuerza vinculante a los productos de la negociación colectiva). Sin embargo, a ese mismo tipo de vinculación que, sin duda, no es obligacional, se le denomina en un caso "eficacia real" y en otro "eficacia normativa". Ante tal identidad, no se comprende cuál sea, entonces, el sentido de la distinción, una vez que se ha descartado, como se hace, que la "eficacia general" sea decisiva en la calificación jurídica de los convenios: incomprensiblemente, al final, tanto el convenio-norma como el convenio-acto normativo van a tener la misma intensidad de eficacia, pero no la misma naturaleza.

<sup>320</sup> La expresión es de GHEZZI (La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali, MILANO, 1963; p. 93).

<sup>321</sup> Un ejemplo de esta actitud, en PERSIANI, op. cit., p. 103 ss. Las insuficiencias explicativas de esta tesis son indudables, siendo su principal razón la no superación de los límites de la lógica iusprivatista, a pesar de suponer un avance respecto de las explicaciones contractualistas y de su lógica "codificadora". En efecto, como pone de manifiesto VARDARO (Contrattazione... cit., p. 32-33), "a través de los correctivos (legales) indicados se realiza sólo una adecuación de la disciplina del código civil a las características diferenciales del nuevo fenómeno contractual. Pero nada asegura que estos ajustamientos estén en disposición de garantizar una racionalidad no

cuestionable en la práctica, surge la necesidad teórica de que el convenio se imponga de forma imperativa e inderogable en relación a las partes del contrato, es necesario explicar la naturaleza del vínculo en clave no contractualista<sup>322</sup>. Ante la insuficiencia del vínculo obligacional para fundamentar esta imperatividad del convenio frente al contrato, se desestima también la posibilidad de recurrir al vínculo normativo, pues ello llevaría a considerar que el convenio es una norma objetiva, lo que conlleva un juicio (o prejuicio) sobre su naturaleza al que no se quiere llegar<sup>323</sup>.

La solución es, por tanto, buscar una vía intermedia: el convenio se impone a las relaciones individuales como si fuera una norma pero no llega a alcanzar per se la categoría de norma y por eso, efectuando un ejercicio de puro nominalismo, a la eficacia que despliega no es denominada "normativa" sino "real". La conversión de la eficacia real en normativa sólo puede efectuarse mediante una intervención legal que extienda los efectos propios del convenio hasta alcanzar a todos los integrantes de la categoría o ámbito negocial. De este modo, la eficacia erga omnes se convierte en el elemento que cualifica al convenio como norma y, en consecuencia, lo distingue del de eficacia limitada que sólo sería un mero "acto normativo".

---

sólo formal, sino también sustancial del aquel fenómeno".

<sup>322</sup> No obstante, hay que señalar que dentro de los márgenes de la autonomía privada, como ámbito de libertad reconocido y sancionado el Estado, el único vínculo jurídico que es posible entablar es el obligacional. Las limitaciones que ello comporta, basada en el necesario concurso de la voluntad de obligarse (v., al efecto, la clara dicción de los arts. 1257 y 1259 del Código civil, en relación con el contrato en favor de tercero; sobre el tema, LETE DEL RIO, op. cit., p. 70), su carácter intersubjetivo y sinalagmático (v. GIORGI: Teoría de las obligaciones, V. I, REUS-MADRID, 1969; p. 11 ss.), son evidentes. La comprensión del fenómeno de la negociación colectiva en clave iusprivatista y, en consecuencia, el estudio de los efectos del convenio desde la óptica del derecho de obligaciones supone, como hemos visto, entrar en un callejón sin salida. La insuficiencia de la concepción del convenio basada en "esquemas puramente privatistas" se comprueba fácilmente con el mero exámen de los diferentes regímenes jurídicos convencionales "con ojos libres de prejuicios" (la afortunada expresión es de RAMM: "La natura giuridica...cit., p. 807; en el fondo pone de manifiesto que el problema de fondo es de orden metodológico, como ha sido señalado anteriormente, v. supra, Cap. I).

<sup>323</sup> En el fondo "lo que sucede es que el concepto y el significado de norma, incluso la misma idea que el término evoca o representa ha quedado trivializada, tanto por el positivismo legalista, que tiende a identificar norma con disposición legal, como por el formalismo lógico, puesto casi incondicionalmente a su servicio" (DE LOS MOZOS: Derecho civil español, V. I. I, SALAMANCA, 1977; p. 380).

Esta difusa operación calificadora tiene por objeto degradar al convenio no "legalizado" que, finalmente, es excluido del sistema de fuentes formales del ordenamiento, y ello, a pesar de que sus efectos sobre las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación no difieran un ápice. Ello se debe a que la única manera de llevar a cabo esta construcción "bidimensional" de la negociación colectiva, salvando, al menos aparentemente, la contradicción in terminis que supone, es, precisamente, mediante la descalificación formal de los efectos propios del convenio extralegal, cuya viabilidad jurídica, por otra parte, deviene incuestionable.

Aparte de la discutible, por acrítica, extrapolación de la categoría civilista de la eficacia real al plano de los efectos<sup>324</sup> del convenio, lo que parece poco explicable es la justificación de tal operación. En otras palabras, no se

---

<sup>324</sup> De este modo, a pesar de algunos rasgos similares, no parece que sea éste el sentido otorgado tradicionalmente a la expresión "eficacia real". De procedencia civilista, con ella se ha venido aludiendo a los especiales efectos que la ley asigna a los llamados contratos reales, es decir, aquéllos que tienen por objeto "la transferencia o bien el nacimiento de un derecho real" (MESSINEO: Doctrina general del contrato, T. II, EGEA-BUENOS AIRES, 1986; p. 148; en el mismo sentido, DIEZ PICAZO: op. ult. cit.; p. 140), diferenciándose de aquéllos con efectos meramente obligacionales o personales. La diferencia es que en el primer caso, tratándose de "derechos absolutos", son ejercitables u oponibles "erga omnes", y en segundo, siendo derechos personales, su oponibilidad es relativa al ser sólo ejercitable "erga debitorem" (DE LOS MOZOS, op. cit., p. 312; LETE DEL RIO: Derecho de obligaciones, V. II...; p. 65). Aparte de las críticas de las que ha sido objeto esta diferenciación por la doctrina civilista (v., al respecto, DE LOS MOZOS, op. cit., p. 312 ss.; MESSINEO, op. cit., p. 149 ss.) que ha puesto de manifiesto la confusión que se produce en torno a la llamada eficacia real, principalmente derivada de la no distinción entre la noción de oponibilidad y vinculación obligacional en el sentido técnico del término (v. GHESTIN/JAMIN/BILLIAU, op. cit., p. 380-381), lo que a nosotros nos interesa es que en ningún caso tal diferenciación altera la naturaleza del vínculo por el cual las partes quedan obligadas, ni el alcance intersubjetivo de dicha vinculación (en este sentido, v. GIUGNI: "La funzione...cit., p. 174-175). La única distinción que podría apreciarse se refiere a la oponibilidad entendida como eficacia frente a terceros de la situación jurídica creada con el contrato. En este sentido, que el contrato real goce de eficacia real supone el necesario respeto de los terceros, además de la contraparte, por la situación que origina la constitución del derecho real. Parece improcedente, por tanto, la extrapolación que se pretende de la expresión "eficacia real" al campo del derecho colectivo del trabajo (nótese el "salto lógico" que ello supone; la expresión es de GIUGNI, art. ult. cit., p. 175) y, más aún, pretender, en el plano de los efectos, hacer coincidir los derivados de un convenio colectivo con los de un contrato real o con efectos reales. La oponibilidad frente a terceros del contrato real no se puede identificar con la fuerza vinculante que se predica del convenio colectivo. La solución para obviar los inconvenientes que presenta la teoría contractualista, basada en el vínculo obligacional, no puede encontrarse, sin salir de los límites de la autonomía privada, mediante el expediente de recurrir a un tipo contractual cualificado por, supuestamente, desplegar unos efectos especiales. En lo que aquí importa, la cuestión estriba en comprobar si existe o no alguna diferencia entre eficacia normativa y eficacia real y, en su caso, calibrar el sentido de la distinción en relación con la naturaleza del convenio.

aprecia qué aporta la distinción entre eficacia real y eficacia normativa en orden a la explicación de la vinculabilidad del convenio.

En el fondo, lo único que se pretende con esta tesis es trasladar al plano de la calificación jurídica, la diversa graduación que puede advertirse en relación con los efectos asignados al convenio<sup>325</sup>. Lo que ocurre es que dicha operación se efectúa desde una óptica eminentemente privatista, es decir, sin llegar a "emancipar" la autonomía colectiva de la autonomía privada<sup>326</sup> y, en consecuencia, haciendo depender la superioridad del convenio frente al contrato de la intervención legal al efecto<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> Así, la gradación se establecida en el plano de los efectos encontraría su correspondencia exacta en el plano de la categorización jurídica. De este modo, se establecerían las siguientes parejas: contrato/efectos obligacionales; norma/efectos normativos; acto normativo/efectos reales. Descartada la primera de ellas, ya que el convenio no produce efectos obligacionales (pues ello lo equipararía irremediablemente al contrato, no pudiendo, en consecuencia explicar su superioridad), el convenio será, bien un acto normativo, bien una norma. La diferencia está en el alcance de la intervención legal en el plano de la eficacia del convenio: si sólo afecta a su intensidad (asegurando la inderogabilidad *in peius*), el convenio será un acto normativo; si, además, afecta a su extensión (declarando la eficacia general o *erga omnes*), el convenio será norma.

<sup>326</sup> SANTORO PASSARELLI ("Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto de sciopero", in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, PADOVA, 1950 (IV), p. 439 ss.). Para este autor, la autonomía colectiva se integra dentro de la genérica autonomía privada donde aparece, si bien de forma prevalente, junto a la individual. La gradación entre ley, autonomía colectiva y autonomía individual se establece mediante el criterio de la relevancia del interés que, en cada caso se defiende: general, colectivo o de grupo, individual. Esta visión privatista de la autonomía, que alcanzaría incluso al llamado convenio colectivo *erga omnes* del art. 39 de la Constitución Italiana, tiene como último fundamento el rechazo a toda "publicación" que pudiera provenir de una hipotética intervención estatal, motivado por los recelos anticorporativistas. En todo caso, la adopción por la doctrina italiana de la definición del convenio colectivo como contrato de derecho común (v. op. ult. cit., p. 17, n. 53), no supone su adscripción a las que llamamos "tesis contractualistas". Antes al contrario, el recurso al derecho privado por parte de los teóricos italianos, viene motivado por la búsqueda de un espacio de libertad no intervenido por el Estado, pero, en ningún caso, utilizan los instrumentos y moldes metodológicos iusprivatistas impregnados de un individualismo coartante para la construcción científica del derecho colectivo del trabajo, en general, y de la categoría de convenio colectivo en particular. En consecuencia, no caen en la identificación, antes aludida, entre convenio y contrato, sino que tratan de justificar la superioridad de convenio sobre el contrato en función de diversos criterios (interés tutelado, poder sindical). Ello traerá como consecuencia la necesidad de dotar de una eficacia especial (real) al convenio para imponerse al contrato. Dicha pretensión, efectuada sin prejuzgar la naturaleza contractual del convenio, será la razón de las dificultades constructivas en las que incurren estos teorizadores.

<sup>327</sup> Lo único que se pretende con la mencionada construcción es solventar el escollo que supone la limitación de los efectos meramente obligatorios del contrato civilista para la fundamentación de la vinculabilidad del convenio. Con la asignación a éste de la eficacia real, dicho resultado "se consigue por efecto de la voluntad negocial, no a través de la cooperación de un obligado" (SANTORO-PASARELLI: *La transazione*, V. II, NAPOLI, 1959; p. 137). Sin embargo, el problema

Por tanto, de nuevo la no superación de los estrechos márgenes de la autonomía privada no sólo hace que el problema de la naturaleza y efectos del convenio quede sin respuesta satisfactoria<sup>328</sup>, sino que, además, se cierre el círculo argumental sin posibilidad de salvar, a la postre, la consustancial contradicción que aquélla integración supone<sup>329</sup>.

---

principal sigue sin resolverse. Como críticamente señala GIUGNI ("La funzione...cit., p. 174), cómo se salva, desde posiciones iusprivatistas, la contradicción que supone el hecho de que la vinculabilidad del convenio, es decir, sus típicos "efectos sean atribuidos por la ley, no por la voluntad de las partes". Como señala VARDARO (*Contrattazione...cit.*, p. 55), el "vicio de origen" de estas construcciones está en "la desconfianza ante la intervención legislativa en las relaciones colectivas de trabajo, y la paralela confianza en la idoneidad del derecho privado para resolver cualquier nuevo problema". Una crítica a este prejuicio voluntarista en el que incurre la doctrina privatista italiana, en VARDARO (op. cit., p. 66). Por su parte, la solución técnica en este país ha consistido en la introducción de una prohibición de renuncia de derechos reconocidos en los convenios colectivos (art. 2113 Cc. reformado por la ley n° 533 de 11 de agosto de 1973), lo que implícitamente supone la imposibilidad de derogarlos *in peius*. Sobre la utilización de este tipo de técnicas en la experiencia alemana, v. DÄUBLER: *Derecho del Trabajo*, MTSS-MADRID, 1994; p. 147 ss. Desde un punto de vista funcional, la razón de ello es obvia: se trataba de "predisponer una serie de medidas jurídicas idóneas para impedir que el trabajador individual acepte, en sede de contratación individual, condiciones (económicas y normativas) inferiores a las colectivamente establecidas" (VARDARO: op. ult. cit., p. 332; sobre el tema, asimismo, MENGONI: "Il contratto...cit., p. 269).

<sup>328</sup> No lo es, desde luego, la aportada por MENGONI. Para este autor ("Il contratto collettivo...cit., p. 270), partiendo del presupuesto indiscutible de que "el principio de eficacia automática no está ligado por necesidad lógica al presupuesto de la incardinación del convenio colectivo en el sistema formal de fuentes reconocido por el ordenamiento de Estado", el problema que se le plantea es cómo fundamentar esa eficacia. La única alternativa posible era buscar ese fundamento en el derecho común, pero, como el propio MENGONI reconoce, ello devenía un esfuerzo inútil, a no ser que el propio legislador derogase, en relación con el convenio, alguno de los principios esenciales de aquél. De este modo, se consigue que sin salir del derecho privado, los contratos queden vinculados al convenio, calificando dicha vinculabilidad, otorgada por ministerio de la ley, de "eficacia real". La conclusión a la que llega este autor es reveladora, en sí misma, de la aludida insuficiencia argumental: "Este criterio legal de prevalencia de la declaración de voluntad colectiva sobre declaraciones individuales, expresado en la regla de la eficacia automática, no es reconducible a los principios de derecho común, pero no es incompatible con la concepción del contrato como acto de autonomía privada" (art. ult. cit., p. 273).

<sup>329</sup> Como señala RAVERAIRA (op. cit., p. 21, n. 16), se contraponen, por un lado, "el valor normativamente dogmático de los convenios colectivos", que proviene "de su configuración como verdadera y propia fuente del derecho", y, por otro, el "valor teóricamente normativo", que termina reconduciéndolo a "su configuración como contrato atípico de derecho privado". En el fondo se trata de una doble contradicción. En efecto, al final tenemos que ni de perspectivas objetivistas ni subjetivistas puede explicarse congruentemente cuál sea la naturaleza y eficacia del convenio colectivo. Desde la posición contractualista, podría compartirse la cualificación que se efectúa en relación con su naturaleza que, en última instancia, sería contractual; pero, en relación con los efectos que despliega frente a los contratos individuales, es decir, a cómo éstos quedan vinculados frente a aquel, el derecho de obligaciones se muestra claramente inadecuado. Desde una posición normativista, los efectos que se le asignan a esta eficacia real serían plenamente identificables a los efectos propios de una norma; sin embargo, su naturaleza no es la de una norma, sino la de un producto de la autonomía privada, se llame contrato o no.



De este modo, también en este caso, la causa de las aludidas insuficiencias serán las mismas: la consideración de la autonomía colectiva como una vertiente de la autonomía privada<sup>330</sup> y, en consecuencia, la irrenunciabilidad al auxilio legal que ello trae consigo<sup>331</sup>. No en vano, el derecho privado es, en última instancia, derecho legal<sup>332</sup>. De este modo, inmersa en el ámbito de la autonomía privada, ontológicamente, la autonomía colectiva no puede prescindir de la ley para desplegar sus efectos, lo que significa, en última instancia, negar su potencial normatividad<sup>333</sup>.

En definitiva, como demuestra un simple recorrido histórico sobre los intentos de configuración jurídica de la

---

<sup>330</sup> Para un examen crítico de las consecuencias de esta actitud metodológica, v. GIUGNI, "Il diritto sindacale e i suoi interlocutori" en Lavoro legge contratti, cit., p. 183 ss.; esp., p. 202-205). En términos generales, se puede apreciar cómo "el derecho privado, de un lado se revela inidoneo para representar en términos jurídicos el concepto de actividad y, de otro, reduce la extretatalidad del proceso de normación convencional a mera autonomía (VARDARO, Contrattazione...cit., p. 75).

<sup>331</sup> A pesar del prejuicio en el que incurren todas las llamadas (VARDARO, Contrattazione...cit., p. 66) "concepciones consensualistas de la autonomía privada", consistente en "creer que la voluntad de las partes es idónea para conseguir sobre el plano jurídico cualquier efecto contractualmente querido (y no sólo aquéllos que el derecho del Estado autónomamente une a la manifestación de voluntad)" .

<sup>332</sup> Por eso, el derecho privado, más que "derecho de los particulares" se trata de "derecho del Estado relativo a los particulares". Sobre las incongruencias de la utilización por la doctrina italiana del derecho privado para la conceptualización de la negociación colectiva y el convenio, v. VARDARO, Contrattazione...cit., p. 66. Para este autor, este ensayo no supone otra cosa que la "superposición del discurso descriptivo y del preceptivo" (ib.).

<sup>333</sup> En general, la inadecuación de la lógica de la autonomía privada para conceptualizar al convenio colectivo ha sido puesta de relieve por la propia doctrina civilista. Así, como afirma DE LOS MOZOS (Prólogo a CABALLERO GONZÁLEZ: Los convenios colectivos, SEGOVIA, 1974), "en el plano técnico-jurídico el 'convenio colectivo', excede de los términos de la lex privata, que cabe encontrar en todo negocio jurídico de los particulares (sea contrato, convención, o acto unilateral). Ya que el negocio jurídico como acto soberano de la autonomía privada, no deja de ser un acto en cierto modo dependiente, basado en una heteronomía indirecta, derivado del propio reconocimiento, por parte del ordenamiento de la autonomía privada. Por ello, los particulares tienen que establecer esa 'autorregulación de intereses privados', en que consiste el alcance normativo (lex privata) del negocio jurídico, ateniéndose al cumplimiento de una función social, que en la terminología legal recibe el nombre de causa. No sucede así, exactamente, en los 'convenios colectivos', porque en éstos no solamente actúan 'intereses privados' ni se desenvuelven únicamente en la esfera de la 'autonomía privada, porque los intereses del trabajo afectan, también, a la comunidad, viniendo regidos no solamente por la aequitas patti, como expresión de la justicia conmutativa, sino también por la justicia social...". En el fondo, la razón de la manifiesta inidoneidad de la utilización de estos esquemas constructivos proviene de que se trata de institutos típicos del derecho civil, cuyo objeto era la regulación de una economía de base individualista (v. GIUGNI, Introduzione...cit., p. 102, n. 7).

negociación colectiva y de sus productos normativos, las soluciones de índole iusprivatista, por las razones expuestas, son claramente insatisfactorias<sup>334</sup>; y ello, no sólo por dejar irresueltos los principales problemas que dicha configuración plantea<sup>335</sup>, sino, principalmente, por los presupuestos de los que parte<sup>336</sup>. La defensa del recurso a los viejos moldes iusprivatistas para explicar la naturaleza jurídica de la negociación colectiva hace que la propia noción de lo colectivo se haga difusa<sup>337</sup>, al adolecer de un desconocimiento del significado y alcance del derecho colectivo del trabajo<sup>338</sup>.

---

<sup>334</sup> En general, lo son para explicar los fundamentos del derecho del trabajo. Sobre las insuficiencias dogmáticas del iusprivatismo al respecto, v. DE MARINIS: "La concezione contrattualistica del diritto del lavoro tra deregolazione e giuridificazione", DL-91, p. 328 ss.).

<sup>335</sup> Así, GIUGNI ("la funzione...cit.", p. 175) termina afirmando que la que llama "doctrina del efecto dispositivo o inmediato" (o de la eficacia real) no puede fundamentar la inderogabilidad del efecto mismo, es decir, de la sustitución respecto a lo deforme que haya sido querido por las partes individuales", ya que no puede deducirse "una situación de nulidad (que la autonomía privada no sería idónea para preconstituir), cuanto, más bien, una yuxtaposición de eficacia".

<sup>336</sup> En efecto, la búsqueda de la fundamentación jurídica del convenio en la alternatividad norma estatal/contrato (derecho público/derecho privado), hace inevitable la opción forzada de la fundamentación privatista frente a la publicista (de malos recuerdos, por otra parte) y, en consecuencia, tener que soportar las insalvables incongruencias que se derivan de esta opción: al final el "refugio" en el derecho privado, necesario para llevar hasta sus últimas consecuencias la originaria extraestatalidad de la negociación colectiva, necesita del concurso de la ley para justificar, sin salir del ámbito de la autonomía privada, la eficacia vinculante del convenio sobre el contrato, siendo ambos productos estructuralmente idénticos (precisamente por su común adscripción a aquella esfera). Sin embargo, la cuestión de la fundamentación de la vinculabilidad del convenio no tiene porqué plantearse dentro de los términos de alternatividad mencionados. Para ello, como hemos visto, es suficiente con la no categorización de la autonomía colectiva como autonomía privada, sino como verdadero poder social juridificado (no legalizado o estatalizado). De este modo, el convenio, como producto de la negociación colectiva (fuente del derecho en sentido propio), gozará de sustantividad propia como norma sin necesidad de ser emanada por una fuente estatal. Cuestión distinta será determinar el alcance del papel de la ley en relación con la efectiva vinculabilidad de la norma convencional.

<sup>337</sup> Como señala PROSPERETTI (op. cit., p. 70-71), "el empeño de la doctrina de construir con los instrumentos de la autonomía privada una fuerza heterónoma de la normativa colectiva ha terminado por determinar una suerte de incertidumbre respecto a la noción mismo de lo colectivo". En el mismo sentido, refiriéndose a los intentos reestructurativos en clave voluntarista-representativa del convenio realizados en la experiencia italiana postcorporativa, v. VARDARO, *Contrattazione...cit.*, p. 48 ss.

<sup>338</sup> Cuya trascendencia supera con creces el mero análisis jurídico. Ello se debe a que la base de la transformación de las estructuras básicas del Estado Liberal y la consecuente consolidación del Estado Social, tienen como uno de sus principales fundamentos el reconocimiento del pluralismo social y jurídico, que no es ajeno a la proceso de ruptura marcado con la irrupción y progresiva reafirmación del Derecho Colectivo.

c) Conclusión: el convenio colectivo como fuente formal del derecho.

La negociación colectiva, como espacio dentro de la autonomía colectiva destinado a la creación de derecho, constituye un proceso de una dimensión no abaricable por los estrictos cauces marcados por el anterior desarrollo analítico<sup>339</sup>. La autonomía colectiva, como veremos, no puede asimilarse, en ningún caso, a la autonomía individual<sup>340</sup>, pues lleva ínsita un plus claramente diferenciador: la creación de derecho objetivo que, como tal, se impone a los individuos sin contar con el concurso de su voluntad<sup>341</sup>. Este hecho, es obvio, desborda los estrictos cánones civilistas, que, por obsoletos, se mostraron incapaces de asimilar en su justa medida la trascendencia de este nuevo fenómeno de

---

<sup>339</sup> Como señala ilustrativamente G. LYON-CAEN ("Du rôle...cit.", p. 239), "ver en los sindicatos, las secciones sindicales, los comités de empresa, sin distinción, personas morales o jurídicas, es oscurecer en el esquematismo". En el mismo sentido, GIUGNI (op. cit., p. 108 ss.) ha puesto de relieve la incapacidad de la teoría de las obligaciones y contratos para captar la complejo dinamismo de la negociación colectiva. El hecho de que el "derecho común de los contratos" ignore toda esa complejidad de situaciones jurídicas, se debe a que, en el fondo, convenio y contrato tienen una distinta "función económico social" (p. 108, n. 10).

<sup>340</sup> Como señalaba en su día CESARINI SFORZA (op. cit., p. 165), "con relación a las colectividades organizadas, el concepto de autonomía asume un sentido totalmente distinto del que tiene en el Derecho privado, debiendo hablarse más bien de una autonomía del grupo o colectiva y eventualmente de un poder normativo de la colectividad"

<sup>341</sup> Para CESARINI SFORZA (op. cit., p. 165), constituye un fenómeno absolutamente característico del Derecho colectivo "la transformación de las relaciones que surgen de posiciones subjetivas (por tanto, libremente modificables) de los individuos en relaciones colectivas, que implican una objetivización más o menos completa de las posiciones individuales". En el mismo sentido, concibiendo el efecto automático como definitorio del convenio colectivo, MENGONI (art. ult. cit., p. 252-253) concluye afirmando que "la negociación colectiva, en su esencia originaria, es una institución política, es decir, un método de formación de normas, de reglas de conducta". Asimismo, como señala BRETHE (op. cit., p. 78), siguiendo a DUGUIT, la diferencia entre convenio y contrato son evidentes, ya que "este convenio, en lugar de crear como el contrato una obligación particular entre dos personas, concreta y temporal, una "situación jurídica subjetiva", da nacimiento a una regla general y objetiva que determina una "situación jurídica objetiva", la situación del trabajador respecto del empresario". Por ello, teorías civilistas corregidas tales como la del mandato irrevocable que pretendían fundamentar la inderogabilidad singular del convenio, tampoco salvan la contradicción de fondo en la que irremediabilmente incurren (en este sentido, señalando el abandono de dicha teoría en la doctrina francesa, ALIPRANTIS, op. cit., p. 28).

producción normativa<sup>342</sup>.

La razón de la negación de la naturaleza normativa del convenio o, al menos, del convenio no "mediatizado" por la ley, advertida la irrelevancia de tal calificación en el plano de los efectos, hay que buscarla en la inercia histórico-jurídica y proviene, sin duda, de la tradicional sobrevaloración del papel de la ley en la organización del sistema de fuentes del derecho<sup>343</sup>. En concreto, dicha sobrevaloración proyecta sobre el plano positivo la impresión de que parece que sólo puede ser fuente del derecho la propia ley y lo que ésta determine y no lo que realmente, per se, ostente tal naturaleza<sup>344</sup>. De esta manera, incluso partiendo de la base del reconocimiento de un poder normativo autónomo a los sujetos sociales, un convenio sólo ostentaría la condición de norma cuando haya una ley que así lo declare, pronunciándose explícitamente sobre las condiciones de su

---

<sup>342</sup> Un ejemplo significativo de ello lo encontramos en la definición positiva de las fuentes efectuadas, comúnmente, en los títulos preliminares de los códigos civiles napoleónicos. La incardinación del convenio en dicho esquema deviene imposible, si tenemos en cuenta el carácter de numerus clausus de la enumeración efectuada, de ahí que los primeros ensayos constructivos fueran eminentemente contractualistas: si el convenio no estaba entre las fuentes del derecho objetivo no podría ser una norma y, por ello, debía ser un contrato. Pero ello no supone dar una respuesta al problema teórico de fondo. En efecto, como señala GIUGNI (op. cit., p. 66, n. 16), "las definiciones positivas de las fuentes del derecho (v., por ejemplo, el artículo 1 de las disposiciones preliminares del código civil) parecen más bien el reflejo de específicas exigencias técnico-jurídicas que no soluciones teóricas definitivas". En cualquier caso, continuar con este tipo de construcciones civilistas en la actualidad y, en consecuencia, negar la naturaleza de fuente del derecho al convenio colectivo por el mero hecho de no aparecer en la enumeración del art. correspondiente del código civil, supone no sólo un exceso de formalismo (que conlleva, como hemos visto, a la no comprensión del problema de las fuentes), sino un desconocimiento absoluto del valor de la Constitución en los ordenamientos modernos (v., in extenso sobre el tema, GARCÍA DE ENTERRÍA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, CIVITAS-MADRID, 1981). En definitiva, como señala LYON-CAEN ("Du rôle des principes...cit., p. 243), "la intervención normativa del Estado, durante mucho tiempo fundamental, demanda ser reexaminada. La fuentes del Derecho del trabajo no pueden ser calcadas sobre las del Derecho civil o administrativo".

<sup>343</sup> V. ut supra.

<sup>344</sup> Como acertadamente señala VARDARO (Contrattazione...cit., p. 12, n. 40), esta concepción legalista era plenamente compatible con la racionalidad formal del convenio en los sistemas de "abstention of the law". De este modo, pone de manifiesto cómo la tesis de KANH-FREUND ("legal unenforceability" del convenio colectivo) "constituye una reacción a la racionalidad legislativa realizada en el derecho del trabajo weimariano".

validez y eficacia<sup>345</sup>.

La intermediación legal se convierte, por tanto, en decisiva: su papel es constitutivo de la normatividad del convenio. De esta manera, el sometimiento del convenio al régimen legal de negociación colectiva preestablecido (el llamado comúnmente, "derecho de la negociación colectiva"<sup>346</sup>), se convierte en presupuesto para su categorización como norma jurídica y, en última instancia, para que le sea asignada la correspondiente eficacia normativa.

Las dudas suscitadas al efecto se deben, quizás, a una incorrecta apreciación del significado de la negociación colectiva como fuente del derecho en sentido propio y, asimismo, parecen desconocer cuales han sido las directrices que han marcado la evolución histórico-comparada de la relación entre norma estatal y norma colectiva<sup>347</sup>. De este modo, partiendo de la base del papel que, en determinados ordenamientos, juega la ley en orden al aseguramiento de la fuerza vinculante del convenio, se llega a la conclusión de que el concurso legal es indisociable del despliegue de dicha

---

<sup>345</sup> Es la conclusión a la que, de forma explícita, llega ALIPRANTIS (op. cit., p. 31), para el cual, "la intervención estatal se dirige a dotar a los convenios colectivos de una fuerza normativa que ellos no habrían podido desarrollar por sí mismos". Ahora bien, no hay que olvidar que el equívoco se encuentra en el presupuesto del que parte a la hora de valorar el significado de la intervención en el conjunto del sistema jurídico: "esta intervención significa que el Estado integra a los convenios colectivos en su propio sistema de fuentes". Como hemos intentado demostrar, en un sistema jurídico unitario pero pluralista, tal integración no es ineludible. Antes al contrario, siendo el Estado y poder normativo una parte de ese sistema jurídico, es conveniente mantener su diferenciación con otros poderes normativos concurrentes (v. ut supra).

<sup>346</sup> La expresión, que ha sido utilizada por la doctrina alemana (en concreto, DÄUBLER: Derecho del Trabajo, cit., p. 133), difiere, no obstante de la comúnmente utilizada en Francia, "droit des conventions collectives" (V. DESPAX, op. cit., passim), distinción significativa, ya que, como hemos visto, es reveladora de la opción metodológica efectuada en uno y otro caso. En este sentido, y apostando claramente por la primera, LYON-CAEN, G.: "Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail", RTDC-74; p. 229 ss., esp., p. 242-243). En cualquier caso, como señala VARDARO (Contrattazione... cit., p. 40 ss.), con dicha expresión se alude a la consolidación de una disciplina legislativa especial del convenio y, paralelamente, a la decadencia de la concepción privatista del mismo ante las múltiples y variadas derogaciones legislativas "especiales" al régimen del código. Históricamente, el mayor apogeo de la intervención legislativa producida bajo tal título coincide con las experiencias corporativas (v. ut supra).

<sup>347</sup> V. VARDARO, Contratti... cit., p. 18 ss.

eficacia. Ello supone, en sí mismo, la negación del carácter originario de la fuente autónoma, ya que, en mayor o menor medida, va a tener su fundamento último en la intervención heterónoma.

Sin embargo, esta conclusión no se ajusta a la realidad y responde, más bien, a un viejo prejuicio formalista que no resiste un mínimo análisis empírico. En efecto, un simple acercamiento a la realidad comparada sería suficiente para constatar cómo el concurso de la ley para asegurar la vinculabilidad del convenio (su carácter normativo, en suma) frente a las relaciones individuales de trabajo no es, ni ha sido, siempre necesario<sup>348</sup>.

De este modo, como hemos tenido ocasión de comprobar, en el plano creativo, la regulación de los procedimientos para producir normas convencionales, no necesitaba siempre de una intervención positiva del legislador al efecto. Las llamadas "normas sobre la producción jurídica" podían ser, por el contrario, de origen autónomo, como se comprobaba fácilmente observando algunas experiencias comparadas. Asimismo, en el plano de la eficacia, la vinculabilidad de los convenios negociados puede quedar garantizada por los propios sujetos negociadores. En efecto, ello vendría dado, principalmente, por una constatada autosuficiencia de las organizaciones sindicales para darse su propio régimen procedimental, primero, y tutelar la eficacia de la norma convencional, después. Pero también, por otro lado, por el hecho de que la intervención legislativa tenga como objetivo principal,

---

<sup>348</sup> En este sentido, recuerda VARDARO (op. cit., p. 336) cómo existen sistemas jurídicos, incluso de la órbita del civil law, que no reconocen explícitamente al convenio colectivo el efecto de la inderogabilidad in peius, sin que ello significara la carencia de este efecto, como pone de manifiesto la propia experiencia italiana en su etapa postcorporativista. El único problema es la anomalía de tal circunstancia desde una consideración iusprivatista del fenómeno colectivo. En relación con este último aspecto, v., en sentido crítico, GIUGNI: "La funzione...cit., p. 175). Para VENEZIANI (op. cit., p. 156) no existe esa esencialidad, y la preferencia entre la legislación ad hoc sobre el convenio colectivo o, alternativamente, su reconducción a la esfera del derecho privado "depende de la historia de cada uno de los sistemas y del peso que, en éstos, haya conquistado y adquirido la autonomía privada". Ello no obstante, hay que traer a colación la crítica antes esbozada en relación con el planteamiento metodológico subyacente a dicha alternatividad. Aquí, la expresión "autonomía privada" se refiere a una esfera de poder autonormativo no intervenido por el Estado. Sería "anómalo", por el contrario, entender dicha expresión en su connotación habitual, es decir, como espacio de libertad "habilitado" por el Estado.

precisamente, el sostenimiento de dicha autosuficiencia, eludiendo así, la intervención directa en la regulación de la actividad normadora y de sus efectos<sup>349</sup>. Las ventajas de esta garantía no directa de la vinculabilidad de los convenios están fuera de toda duda, ya que se evitan los efectos distorsionadores antes aludidos, constituyendo, además, una opción más respetuosa con la originaria autonomía del poder normativo de los sujetos sociales<sup>350</sup>.

Por tanto, se constata, también en este caso, la eventualidad como rasgo que define a la intervención de la ley, lo que, precisamente, acentúa su carácter auxiliar. Ello significa que no siempre sea necesario el apoyo de la ley para garantizar la vinculabilidad del convenio<sup>351</sup>, ni tampoco, cuando se produce, es de la misma intensidad. Todo dependerá del grado de desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo y, principalmente, de la fuerza que detentan las propias partes sociales para imponer, por sí mismas, el producto negociado<sup>352</sup>. En aquellas experiencias,

---

<sup>349</sup> El ejemplo típico de esta forma de intervención legal ("auxiliary law") es el representado por el sistema de negociación colectiva del Reino Unido (v. GIUGNI, op. cit., p. 94-95). Sin embargo, la vinculabilidad de los convenios colectivos en este país, ante la ausencia de intervención legal al efecto, ha debido fundamentarse en artificios tales como la llamada "teoría de la cláusula implícita" ("*theory of implicit term*") o la "cláusula del salario justo" (v., al respecto, DESPAX, op. cit., p. 178 ss.).

<sup>350</sup> En este sentido, VARDARO (*Contratti...cit.*, p. 19-20). considera que tanto la intervención de tipo "*auxiliary*", como la "*promoting*", estando ambas dirigidas a tutelar el "interés colectivo-sindical", "no debe necesariamente realizar la preventiva codificación del convenio colectivo, cuya aplicación intenta garantizar". Por el contrario, es necesario subordinar "la garantía jurídica de la aplicación del convenio colectivo al fallo de la garantía social-sindical". Sobre el carácter "promozionale" (que "no consiste en un sostenimiento dirigido a la negociación, sino más bien a la organización sindical y a su actividad en sentido amplio") del Statuto dei Lavoratori italiano, v. MARIUCCI, *La contrattazione...cit.*, p. 312. Como señala MENGONI ("*La partecipazione...cit.*, p. 189), comentando el salto cualitativo operado al respecto por el SL italiano de 1970, "la legislación del Estado no debe limitarse a reconocer los resultados de la acción sindical proporcionándole sanción jurídica, por ejemplo, la sanción de inderogabilidad del convenio colectivo en sede de estipulación del contrato individual de trabajo y la sanción de eficacia *erga omnes*, sino que debe prestar un complejo de garantías, sobre todo de orden ambiental, necesaria para que las organizaciones sindicales puedan libremente desarrollarse".

<sup>351</sup> Y ello a pesar de que esa misma experiencia comparada nos muestre que la intervención legal en este aspecto es bastante común. Así, VENEZIANI (op. cit., p. 155) constata la existencia de esta intervención en países de sistemas jurídicos tan dispares como Estados Unidos, Francia, Belgica, España, Holanda, Portugal, Grecia, Suecia o Alemania.

<sup>352</sup> Así, entre otros, FERRARO, op. cit., p. 318.

donde el sindicalismo se ha manifestado con suficiente grado de desarrollo, la garantía de vinculabilidad se cubriría por la propia autonomía colectiva, no necesitando auxilio alguno por parte de la ley, o por lo menos, dicho auxilio no se dirigía directamente a complementar la eficacia jurídica del convenio, sino al sostenimiento o apoyo de otras esferas de la autonomía colectiva (poder negociador)<sup>353</sup>. De este modo, siendo el poder social una variable dependiente de diversos factores de hecho<sup>354</sup>, la intervención legal para garantizar la eficacia del convenio sólo será necesaria cuando, por razones de diversa índole, en un momento determinado, la autonomía colectiva no se baste a sí misma para garantizar la vinculabilidad de lo acordado, y sólo en la medida en que sea necesario para lograr este fin<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> En efecto, fomentando las esferas de la autotutela y autorganización como presupuestos básicos de la vinculabilidad de la autonormación, la ley sostiene y apoya el poder de los sujetos que, de este modo, se sitúan en condiciones de garantizar, por sí mismos, la eficacia de los convenios. En este sentido, se puede afirmar que "el derecho convencional del trabajo es más vigoroso, allí donde la legislación social es más débil" (DESPAX, op. cit., p. 189).

<sup>354</sup> De esta forma, como criterios para la medición de dicho poder tenemos tanto aquellos que se refieran a la cohesión organizativa del grupo (estructura de la organización, implantación o índice afiliativo...), como los referidos a su fuerza negociadora (capacidad de promover conflictos colectivos con cierta eficacia...). Sólo los sujetos con capacidad organizativa y conflictiva tendrán un efectivo poder negociador. De manera que sólo los productos negociados por sujetos detentadores de este poder podrán calificarse con propiedad como convenios colectivos, al derivarse, vía negociación colectiva, de la autonomía colectiva. El resto de los acuerdos celebrados por sujetos que no reúnen las mencionadas condiciones y, por ello, sin poder negociador, serán sólo pseudoproductos convencionales, pues al no podrán hacerse derivar de la autonomía colectiva (que constituye un poder sintético y, por lo tanto, tiene como presupuesto la efectiva existencia de dos poderes contrapuestos, v. ut supra), son meros productos de la autonomía individual o, lo que es lo mismo, de la imposición unilateral de una de las partes (señaladamente, de la económica, que goza de un poder per se). En este sentido, no hay ningún problema para que el juez, a la hora de efectuar la selección de la norma aplicable en caso de conflicto, discrimine, atendiendo a los mencionados criterios (u otros que persigan el mismo objetivo), uno y otro tipo de acuerdos con el fin de establecer la ordenación jerárquica de los mismos en función de su naturaleza (normativa o contractual), y consecuentemente, asignarle el alcance y eficacia que deban tener. Asimismo, sería posible establecer también una jerarquía entre los diversos convenios colectivos en donde, sin discutir su eficacia normativa, se efectuase una ordenación en función de criterios tales como el poder detentado por los sujetos negociadores, para lo cual la representatividad ostentada sería un dato básico a tener en cuenta (v. infra, cap. IV).

<sup>355</sup> Haciéndose eco de este dato empírico, así lo declara, de forma explícita, el art. 3.4 de la Recomendación n° 91 ("sobre contratos colectivos") de la OIT: "Si la aplicación efectiva de las disposiciones de los contratos colectivos estuviese garantizada por las partes en dichos contratos, las disposiciones previstas en los apartados precedentes no deberían interpretarse en el sentido de requerir medidas legislativas". Las disposiciones a las que se refiere son las que señalan los efectos típicos del convenio sobre las relaciones individuales (inderogabilidad in peius, sustitución automática). De esta manera, se puede decir que la eficacia del convenio, es decir, su virtualidad para



Sin embargo, más allá de este dato empírico, cuyo valor es, esencialmente "probatorio", el principal argumento para sostener la inmanente vinculabilidad del convenio proviene de su propia configuración como fuente formal del derecho, en el sentido antes expresado<sup>356</sup>. Ello quiere decir que su virtualidad ordenadora de las relaciones de trabajo situadas en su ámbito de aplicación no depende de la intervención de la ley, sino de ser producto de una fuente del derecho configurada como tal por el ordenamiento jurídico<sup>357</sup>. No en vano, la posición relativa del convenio en el sistema de fuentes constituye un prius inalterable para la ley y, por tanto, debe ser respetada y amparada por ésta.

Esto se debe a que la ley, siendo otra fuente formal, goza, además, de un especial papel en aras a hacer efectivo el diseño del sistema de fuentes del que ella misma trae causa. Desde este punto de vista, hemos visto cómo la ley constituye un instrumento privilegiado en manos del Estado para desarrollar ese sistema material del fuentes, lo que se lleva a cabo mediante la organización, ya en el plano de la positividad, de los mecanismos de producción normativa y, también, de aquéllos que garantizan la vinculabilidad de las normas.

Pero en ningún caso esta doble función garantista y promocional puede tener como resultado una sobrevaloración de la ley hasta el punto de hacer depender la normatividad

---

imponerse a las relaciones individuales de trabajo, proviene de su intrínseca normatividad. Su naturaleza normativa, por tanto, es previa a toda actuación garantista de la ley, sin que, por otra parte, una eventual intervención de ésta en el plano de la eficacia afecte de algún modo a aquélla naturaleza. En conclusión, el convenio es norma antes de toda intervención legal que, en su caso, sólo afecta al plano de la eficacia, siendo su papel el de garantizar la vinculabilidad de la norma colectiva allí donde fuere preciso.

<sup>356</sup> V. ut supra.

<sup>357</sup> De este modo, en las experiencias comparadas que, como la italiana o la inglesa, no existe una ley que declare expresamente la vinculabilidad de los convenios, no puede decirse, por ello, que éstos son vinculantes "de hecho", a pesar de que "no obstante, juegan un rol similar al de la ley en otros países" y, además, en todo caso, "pueden asumir un puesto en la jerarquía de la fuentes del derecho" (WEDDERBURN/SCIARRA: art. cit., p. 52). Como hemos visto, la vinculabilidad jurídica no necesita una declaración legal al efecto.

del convenio de su propio concurso<sup>358</sup>. La ley, como fuente preordenada, no puede otorgar el privilegio de normar<sup>359</sup>. La definición de los centros de producción normativa no corresponde a la ley, que es sólo el producto de uno de ellos, sino a la Constitución que representa la plasmación de la organización material del sistema jurídico. Si esto es así, como se ha intentado demostrar anteriormente<sup>360</sup>, la atribución de la naturaleza normativa al convenio colectivo no puede ser efectuada por la ley, pues carece de tal facultad.

La valoración de la intervención de la ley en relación con la vinculabilidad del convenio debe, por tanto, tener en cuenta este presupuesto: la normatividad del convenio es inmanente a su naturaleza de acto emanado por una fuente material del derecho, la negociación colectiva<sup>361</sup>, a la que el ordenamiento jurídico, no la ley, confiere tal virtualidad. Como hemos visto, lo que hace el ordenamiento jurídico es integrar en su seno un poder social, configurándolo, mediante el correspondiente proceso de juridificación, como fuente del derecho. El plus de eficacia

---

<sup>358</sup> Como hemos visto, también, las soluciones aportadas al efecto difieren en función de la perspectiva metodológica elegida para el estudio de esta compleja problemática. En este sentido, si concluimos que la intermediación legal es decisiva para que un producto de la negociación colectiva sea norma, partimos del presupuesto formalista ineludible de la negación absoluta del carácter originario de esta fuente en sentido material. Su relevancia jurídica, por tanto, sería nula hasta tanto no se produjera dicha intervención legal, fuente suprema y fundamento directo tanto de su validez como de su eficacia (v. ut supra, Cap. I).

<sup>359</sup> En realidad, lo único que puede hacer es lo que técnicamente se denomina delegación normativa, es decir, una habilitación específica a determinado sujetos u órganos para que, siguiendo un procedimiento preestablecido, elaboren un acto al que la ley conecta determinadas consecuencias jurídicas. Pero esto no supone, en ningún caso, producción normativa autónoma: la fuente de la que trae causa el acto normativo sigue siendo la ley. De este modo, un convenio colectivo elaborado bajo estas premisas, tal y como acaecía en la etapa corporativa, no perdía su carácter de fuente (formal) heterónoma, al tener como fundamento último la ley, de la cual derivaba, no propiamente un poder normativo, sino una mera facultad de elaboración, bastante reglada por cierto, de un acto cuya fuerza de obligar era conferida, asimismo, por la ley. En definitiva, sería lo que VARDARO llama, un "heterocomando" (v. ut supra).

<sup>360</sup> V. ut supra.

<sup>361</sup> Como hemos visto, situado en el plano de la positividad, el convenio colectivo, como fuente formal del derecho tiene como referente inmediato, ya en un plano extrapositivo, una fuente material, la negociación colectiva, que es el modo de manifestación típico del poder juridificado en que consiste la autonomía colectiva. El hecho de ser la culminación final de esta secuencia es lo que caracteriza al convenio como norma jurídica.

que, en su caso, otorgue la intervención legal debe tener en cuenta las limitaciones derivadas de estas premisas, pues de lo contrario quedaría desvirtuado el carácter originario de la negociación colectiva, que, además, no puede quedarse en una fase prelegal, sino que, a pesar de la intervención del Estado, debe llegar hasta el producto final, la norma colectiva. En definitiva, la correspondencia fuente formal/fuente material no puede verse alterada por una intermediación legal desconocedora de dicha conexión.

Las razones de la tradicional inobservancia de estos límites<sup>362</sup>, que acaba otorgando una supernormatividad a la ley en detrimento del convenio, se deshace de inmediato, sin embargo, si, como hemos apuntado, se parte del presupuesto del necesario mantenimiento de la separación entre los planos de la creación y de la aplicación normativa o, lo que es lo mismo, entre el de la validez y el de la eficacia de la norma jurídica<sup>363</sup>. Desde este punto de vista, el convenio es una norma por el simple hecho de pertenecer al sistema jurídico<sup>364</sup>. La conexión con el sistema jurídico, es decir,

---

<sup>362</sup> Principalmente fundadas en la confusión, en relación con la función de la ley, entre normatividad y organización (v. ut supra). Como acertadamente señala LYON-CAEN ("Du role...cit.", p. 244), "es necesario no confundir el rol de la ley (propriadamente, normativo) y el que pertenece evidentemente al Estado de trazar los contornos de la confrontación social". En el fondo, la confusión tiene su raíz en un problema de índole metodológica. Como ya en su día puso de manifiesto SINZHEIMER, uno de los primeros estudiosos teóricos del convenio colectivo, las consecuencias directas de tan arraigado equívoco va a ser que problemas tales como la extensión erga omnes, siendo cuestiones de estricta política legislativa, acaben deviniendo problemas de eficacia del convenio, es decir, "en definición 'universalista' válida para todo tipo de convenio, y de todo contexto histórico, político y jurídico" (VARDARO, Contrattazione...cit., p. 15).

<sup>363</sup> Como señala LÓPEZ CALERA (La estructura lógico-real de la norma jurídica, EN-MADRID, 1969; p. 94), dicha confusión tiene como consecuencia que "la validez jurídica se entiende en términos de efectividad vinculativa" con lo cual "se ha sustituido el problema de la validez última del derecho por la cuestión de los fundamentos inmediatos de su vinculación práctica". De esta manera, al serle encomendada a la ley la función de garantizar la eficacia del convenio ("vinculación práctica"), aquella confusión de planos, lleva a considerar a la ley el fundamento de su naturaleza normativa. Sin embargo, dicha extrapolación es, a todas luces, impropia: "la eficacia vinculativa de la norma depende en última instancia de su virtualidad objetiva de vinculación, esto es, de su fundamento último de validez" (ib.).

<sup>364</sup> En este sentido, BOBBIO (Teoría del ordinamento giuridico, cit., p. 15 ss.) afirma que "para definir una norma jurídica bastará decir que es aquella que pertenece a un ordenamiento jurídico" (p. 15). De este modo, "mientras que en la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva, normas jurídicas son aquellas que vienen a formar parte de un ordenamiento" (p. 18).

su condición de parte dentro del todo, le viene dada por haber sido producida por uno de los cauces de expresión jurídica que el ordenamiento tiene habilitado al efecto<sup>365</sup>. Y nada más: aquí concluye toda valoración posible sobre la naturaleza normativa del convenio. Cualquier otro tipo de consideración se sitúa ya en el plano de los efectos pero no afecta, en ningún caso, al juicio sobre su validez como norma<sup>366</sup>.

Y es precisamente en el ámbito de su aplicación donde hay que situar la discusión sobre el papel de la ley en relación con la eficacia normativa del convenio. En efecto, esta eficacia, consecuencia directa de su naturaleza, se pone de relieve en la relación convenio/contrato individual, es decir, en el sometimiento de la autonomía individual al poder ordenador de la norma convencional. En este sentido, la vinculabilidad del convenio frente a las relaciones individuales de trabajo no es otra cosa que el resultado necesario de la normatividad del convenio, pero en ningún

---

<sup>365</sup> Por tanto, desde un punto de vista estático, "el criterio de juridicidad no es ciertamente la sanción, sino la pertenencia al sistema, es decir, la validez, en el sentido ya clarificado de referibilidad de aquella norma a una de las fuentes de producción normativa reconocida como legítima. La sanción hace referencia no a la validez sino a la eficacia, hemos visto ya que una norma singular puede ser válida sin ser eficaz" (BOBBIO: Teoría de la norma jurídica, cit., p. 208). Asimismo, sobre la importancia de la organización del sistema de fuentes como condición de juridicidad, v. GIUGNI, op. cit., p. 45-47.

<sup>366</sup> Y ello sin perjuicio de los criterios a utilizar para constatar dicha validez que, siendo diversos, pueden conducir a resultados tanto más divergentes cuanto menos flexibles sean aquéllos (v. DELL'ACQUA, art. cit., p. 599). Como señala BOBBIO (op. ult. cit., p. 17), la solución al problema de la validez y eficacia de la norma, que "da lugar a dificultades irremontables", sólo es posible encontrarla tomando como referencia al sistema. En efecto, el hecho de que una norma, en sí misma considerada, "puede ser válida sin ser eficaz", proviene de que la valoración de su naturaleza se abstrae del plano de los efectos, que responde a otro momento distinto del de su creación, que es el que hay que tener en cuenta. Son, por tanto, los procesos de creación normativa (sistema de fuentes) establecidos por el ordenamiento jurídico los que, a modo de catalizadores (v. ut supra, el significado de la configuración del concepto de fuente como CJDF), conectan la norma y el resto del ordenamiento, fundamentando, mediante tal operación, su naturaleza normativa. El dato de la eficacia es una característica del ordenamiento jurídico, cuya validez sí está fundamentada en aquélla: es éste, y no la norma, el que debe ser eficaz. De esta manera, la norma jurídica es eficaz, no en sí misma, sino por pertenecer a un ordenamiento jurídico que es, por definición, eficaz. En otras palabras, es la pertenencia a éste, el fundamento de esa vinculabilidad o eficacia normativa (BOBBIO, op. ult. cit., p. 15). Conviene, por tanto, no desdeñar esta importante diferencia de matiz.

caso constituye su fundamento<sup>367</sup>. En el proceso de juridificación formal en el que ahora nos encontramos<sup>368</sup>, el aseguramiento de esa eficacia puede ser garantizado por la ley, pero como hemos apuntado, la intervención heterónoma de ésta se caracteriza por su eventualidad (no siempre es necesaria) y por su instrumentalidad (su papel es coadyuvante en relación con su eficacia, nunca constitutivo de su naturaleza). Por tanto, en el contexto del sistema jurídico, la ley no es más que un instrumento para hacer efectivas, en el plano de los efectos, las consecuencias que se derivan del sistema de fuentes establecido.

Teniendo en cuenta la eventualidad de su concurso y la variabilidad de su intensidad que caracteriza a la intervención legal en esta esfera<sup>369</sup>, su análisis debe hacerse desde otras perspectivas y, principalmente, con criterios de política legislativa desde los cuales sea posible emitir los correspondientes juicios de oportunidad<sup>370</sup>. Ahora bien, lo que debe quedar al margen de esta discusión es el cuestionamiento de la normatividad del convenio, así como la función que la ley debe cumplir para garantizar su eficacia como norma que, en ningún caso, es una cuestión de política

---

<sup>367</sup> Por ello, la eficacia constata la normatividad del convenio, es decir, es un criterio para comprobar que estamos ante la presencia de una norma jurídica, pero, en sí mismo, no es un elemento que forma parte de la esencia de la norma sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. (cfr. CASTAN TOBEÑAS, op. cit., p. 396).

<sup>368</sup> Cuyo objeto es, como hemos visto, culminar, en el plano de la positividad, con el proceso mediante el cual el poder, primero de hecho y luego juridificado, consume su vocación de ordenar la realidad, para lo cual necesita proyectarse en norma jurídica con plena eficacia.

<sup>369</sup> La intensidad de la mencionada intervención, lo hemos visto, va a estar en función inversamente proporcional al grado de desarrollo de los sistemas de relaciones laborales y, principalmente, de la consolidación y organización, en cada caso, del movimiento sindical.

<sup>370</sup> Para ello será necesario emplear los instrumentos metodológicos adecuados, en concreto, en terminología de LARENZ, el "tipo jurídico estructural" y "el tipo real normativo". Ambos serán utilizados en la segunda parte del presente trabajo para configurar, respectivamente, el análisis de nuestro modelo constitucional (*infra*, Cap. III) y legal (*infra*, Cap. IV) de negociación colectiva. Sólo en el desarrollo particularizado del examen de una realidad jurídica concreta es posible la valoración, a la luz de las premisas conceptuales esbozadas, de los mencionados criterios de política legislativa, lo que, inevitablemente, tiene como punto de partida la estructura real de las relaciones laborales objeto de ordenación.

legislativa<sup>371</sup>, pues se sustrae a la voluntad de la ley que, por su condición de fuente preordenada, viene obligada al cumplimiento de los mandatos que le son impuestos por la organización (constitucional) del ordenamiento jurídico.

En definitiva, el convenio colectivo tiene eficacia normativa porque es una norma y no al revés. De este modo, al igual que ocurre con el derecho emanado por el Estado, una misma fuente material puede tener, en el plano positivo, distintos tipos de fuentes formales. En uno y otro caso, el fundamento de la vinculabilidad de todo tipo de productos normativos es, precisamente, el provenir del cauce previsto por el ordenamiento para la expresión de este poder (social o político) juridificado. De este modo, la normatividad de los actos cuya causa mediata se encuentra en ese poder, es una cualidad que proviene directamente de su posición contextualizada dentro del sistema jurídico<sup>372</sup>.

Si en un momento histórico hubo que "invertir el método" para intentar explicar la necesaria incorporación al ordenamiento jurídico de un fenómeno de la relevancia fáctica de la negociación colectiva, lo que es comprensible si tenemos en cuenta las premisas analíticas de las que se partía<sup>373</sup>, el avance de la ciencia jurídica nos proporciona instrumentos metodológicos hoy día para superar

---

<sup>371</sup> En este sentido, la institución de la negociación no abandona "su natural problemática" por el hecho de que se produzca una "explícita regulación estatal" (GIUGNI, op. cit., p. 33). Consecuencia inmediata de ello es que, siendo el efecto normativo (fuerza vinculante) esencial al convenio no sería posible realizar la distinción entre entre convenios colectivos "legales" y "contractuales" (en nuestro país, "estatutarios" y "extraestatutarios", v. *infra*), ya que ello supondría un evidente paso atrás en el progreso social y en la protección de los trabajadores (v. DESPAX, op. cit., p. 114). De ahí que sea preciso superar las dificultades hermenéuticas que plantea la integración jurídica de los convenios realizados al margen de la ley (sobre el alcance de esta polémica en Francia, v. DESPAX, op. cit., p. 116 ss.).

<sup>372</sup> De ahí que el hecho de que el convenio sea "menos contrato" o "menos norma" (DEL REY GUANTER, "Transformaciones...cit., p. 30), escapa al ámbito de disponibilidad del poder estatal. Por otra parte, tampoco la adaptabilidad funcional de la negociación colectiva ha de llegar al extremo poner en cuestión la naturaleza y eficacia de sus productos, ya que, precisamente, la funcionalidad de la misma, en tanto que institución jurídica, pasa por su configuración como fuente del derecho.

<sup>373</sup> No otras que las típicamente individualistas, habida cuenta de la fuerza del dogmatismo iuscivilista que, por inercia histórica y por el recurrente aparato constructivo que aportaba, constituía la única e indiscutible forma de operar en la ciencia jurídica (v. *ut supra*).

satisfactoriamente dichas dificultades constructivas<sup>374</sup>.

En conclusión, la única alternativa viable dentro de una concepción unitaria del derecho<sup>375</sup> es la consideración del convenio como norma jurídica plenamente integrada, por tanto, en un sistema formal de fuentes con capacidad para plasmar, en el plano normativo, el pluralismo social y político que define la organización jurídica que se plasma en los actuales modelos constitucionales<sup>376</sup>. En concreto, y acorde con el esquema anteriormente esbozado, la autonomía colectiva debe quedar configurada como el poder originario juridificado<sup>377</sup> que fundamenta a la negociación colectiva en tanto que fuente material del derecho y referente inmediato del convenio colectivo en el plano de la positividad (fuente formal). Como norma positiva, por tanto, el convenio goza de una eficacia propia, no derivada de la ley, para imponerse a las relaciones de trabajo.

### 3.3.2.- El significado de la intervención legal sobre la eficacia personal del convenio colectivo.

La extensión "erga omnes" del convenio colectivo supone, en esencia, una ampliación del ámbito de aplicación

---

<sup>374</sup> V. ut supra, Cap. I.

<sup>375</sup> Como hemos apuntado (v. ut supra), el entendimiento de la producción jurídica como un fenómeno global llevado a cabo en un plano supraestatal, donde la ley y el resto de las fuentes apareciesen preordenadas (sobre la configuración constitucional de este diseño, hay que destacar, en relación con el ordenamiento jurídico español, la dicción literal del art. 9.1 CE, v. infra Cap. III), solventaría la cuestión sin necesidad del recurso a la tesis ordinamentalista.

<sup>376</sup> En contraposición con los sistemas tradicionales, es decir, los propios de la democracia liberal-burguesa, basados en la polarización derecho público/derecho privado que no cuestionaba la preeminencia de la ley, elevada, por su parte, a dogma supremo, la irrupción del fenómeno colectivo trae como consecuencia la indiscutible relevancia jurídica de la negociación colectiva como fuente del derecho. Este "reconocimiento se funda esencialmente sobre una opción política e ideológica, que reconoce la idoneidad de la autonomía colectiva para expresar valores y reglas de conducta según objetivos conformes a las líneas de desarrollo del ordenamiento general" (FERRARO, op. cit., p. 280). En el mismo sentido, GIUGNI, "La funzione...cit., p. 160; y VARDARO, Contrattazione...cit., p. 72 ss.

<sup>377</sup> Lo que no quiere decir, legalizado (v. ut supra).

subjetiva de determinados convenios colectivos más allá de lo que sería la extensión "natural" de dicho ámbito. Si partimos de la base de que debe existir una correspondencia entre el poder negociador de los sujetos colectivos y el ámbito de aplicación del convenio, una extensión de su eficacia tiene como presupuesto necesario una intervención legal al efecto. No en vano, el ámbito de aplicación subjetiva, en tanto que siendo el resultado de la proyección objetiva de poder que encarnan las partes negociadoras, se encuentra "naturalmente" limitado por el alcance de ese poder.

Por tanto, en relación con la normatividad del convenio, parece menos dudoso, en este caso, el carácter no constitutivo de la intervención legal, pues la actuación de la ley se dirige a conferir un mayor alcance subjetivo a determinados convenios<sup>378</sup>, es decir, sólo afecta, ampliándolo, al ámbito de eficacia personal de éstos<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> Para lo cual, obviamente, ostenta la potestad exclusiva. Como señala RUSCIANO (op. cit., p. 62), "la solución técnico-jurídica del problema del erga omnes" sólo puede ser resuelta "por el ordenamiento del Estado". Así, como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 39), "esta ampliación general del ámbito suponía ineludiblemente una expresa intervención legislativa".

<sup>379</sup> Sobre las razones que el legislador valora como determinantes para llevar a cabo esta "expansión" del ámbito del convenio (la expresión es de RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 24), puede destacarse la tradicional tendencia a la homogeneización de las condiciones de trabajo (op. ult. cit., p. 25), objetivo que, aun por razones distintas, contaba con el beneplácito de sindicatos, empresarios y del propio Estado (v. op. ult. cit., p. 28 ss.). En este sentido, destacando el tradicional interés sindical al respecto, v. ZAGREBELSKY, Manuale... cit., p. 251; sin embargo, es preciso matizar el mencionado interés sindical, a la vista de los perniciosos efectos para la afiliación (contrapesando ambos elementos, v. GIUGNI, "La extensión de los contratos colectivos", en La negociación colectiva en América Latina, TROTTA-MADRID, 1993; p. 161-162). En todo caso, se constata cómo en la actualidad existe una significativa contratendencia que, orientada por las necesidades de diversificación que demandan las nuevas estructuras productivas, pueden provocar la crisis de la figura del convenio de eficacia general. En efecto, si bien es cierto que en épocas pretéritas, las exigencias técnicas y económicas de "la industria moderna" provocaban una extensión fáctica "del contenido del pacto" (op. ult. cit., p. 40, n. 27), la "postmodernidad" industrial y económica va por otro camino. Ahora bien, ello no significa que haya que poner en duda su valor normativo. Ni tampoco la vigencia de otras de las funciones originarias de este tipo convencional, tales como la cobertura de áreas marginales no sindicalizadas y, que, de otro modo, quedarían sin régimen convencional (así, DESPAX, op. cit., p. 513); también, con la declaración de eficacia general se pretende "impedir especialmente que se socave el convenio mediante el empleo masivo de personal no afiliado en condiciones inferiores a las fijadas en el convenio" (DAÜBLER, op. cit., p. 215).



Este resultado se puede alcanzar de dos formas distintas<sup>380</sup>. En primer lugar, a través de la determinación legal, a priori, del marco procedimental de la negociación<sup>381</sup>, de manera que sólo a los convenios negociados según dicho marco se les otorgará ex lege la eficacia general<sup>382</sup>. En segundo lugar, seleccionando, a posteriori, aquellos convenios ya negociados y, constatada su idoneidad

---

<sup>380</sup> Además de lo que GIUGNI ("La extensión...cit., p. 161-162), denomina "métodos empíricos" (recepción del convenio en una ley formal, aplicación judicial en un caso concreto, o, simplemente, aplicación espontánea). En cualquier caso, para este autor "la diversidad de soluciones técnicas" tiene relación directa con las condiciones específicas del sistema de relaciones laborales de cada país" (p. 159). De este modo, la ley también puede intervenir eliminando el requisito de la inscripción bilateral de las partes del contrato de trabajo a los sindicatos y asociaciones pactantes, declarando como dato suficiente la inscripción del empresario para la aplicación del convenio a todos los trabajadores de una empresa, que quedarían, sólo por ello, afectados por aquél, independientemente de su inscripción o no a los sindicatos pactantes. Este es el caso de sistema de negociación colectiva tradicionalmente establecido en FRANCIA (v., al respecto, RODRÍGUEZ-PINERO, op. cit., p. 44 ss.), y actualmente consagrado en el art. L.135-2 CT (v. DESPAX, op. cit., p. 103 ss.; RIVERO/SAVATIER, op. cit., p. 310); en este caso, por tanto, "la afiliación del trabajador es indiferente: es la actividad de la empresa la que condiciona el estatuto convencional aplicable" (DESPAX, op. cit., p. 421). Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en Italia, la jurisprudencia entendía como justificación suficiente para proceder a la extensión ultra partes del convenio, el respeto a principios tales como la igualdad de trato de todos los trabajadores (v. FERRARO, 277-278), o el principio constitucional (36.1 CI) de retribución suficiente, siendo el salario pactado en convenio el que servía de parámetro (v. RUSCIANO, op. cit., p. 58 ss.). En general, sobre las distintas fórmulas de ampliación de la eficacia personal del convenio, v. un estudio comparativo en RODRÍGUEZ-PINERO, Eficacia general del convenio colectivo, cit. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que hacemos referencia a modelos de pluralismo sindical, excluyendo la otra alternativa posible: "establecer la unicidad sindical en la representación unitaria", instaurando "el llamado sindicalismo de Derecho público" (op. ult. cit., p. 213). Como críticamente señala RODRÍGUEZ-PINERO, en estos casos, "la unidad sindical asume la máxima eficacia pero sin conservar la máxima libertad, por ello tiene el peligro de llegar a negar la autonomía social del sindicato frente al propio poder público" (ib.).

<sup>381</sup> Que afecta, fundamentalmente, a la determinación de los sujetos legitimados para negociar, lo que, aún siendo compatible con un sistema de pluralismo sindical (GIUGNI/CURZIO: Lo statuto dei lavoratori, GIUFFRÉ-MILANO, 1979; com. art. 19; p. 306) provocará problemas a la hora de la determinación del valor normativo de los convenios (v. MARIUCCI, La contrattazione...cit., p. 27; BALLESTRERO, art. cit., p. 378 ss; WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 60-61). Se hace por tanto necesaria una clara determinación legal de los criterios que otorgan la cualificación sindical de la representatividad para negociar este tipo de convenios (v., al respecto, infra, Cap. IV.2). De esta forma, como explica RUSCIANO (op. cit., p. 120), el Estado "normativiza los métodos de selección de los sujetos contrayentes, además de aquéllos de formación y verificación de la voluntad colectiva que los sujetos mismos representan en la negociación". Por otra parte, la intervención legal puede ir dirigida tanto a fijar el quantum de representatividad necesaria (sindicatos más o menos representativos), sino también la calidad de la representación ostentada (sindical o unitaria). De este modo, la determinación de la legitimación para negociar a la representación unitaria en el ámbito de empresa supone, per se, que los convenios colectivos tendrían eficacia erga omnes. En todo caso, el despliegue de dicha eficacia es el resultado de una opción de política legislativa que ha valorado positivamente la creación de un régimen homogéneo de condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa.

<sup>382</sup> Sin que se necesite, de nuevo, una específica declaración al efecto. Es lo que se ha venido a llamar "generalización automática" (RODRÍGUEZ-PINERO, op. cit., passim.).

en base a diversos criterios, procede a la extensión de su eficacia<sup>383</sup> más allá de su ámbito primigenio<sup>384</sup>.

La concesión de dicho plus está condicionada, por tanto, bien al cumplimiento de los requisitos señalados al efecto<sup>385</sup>, en el primer caso, bien, a la discrecional valoración de la Administración que esté facultada para

---

<sup>383</sup> Que, por otra parte, puede hacerse mediante un simple "acto administrativo de generalización del mismo" (RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El valor 'cuasi-legal' de los convenios colectivos", RL-87 (I); p. 32 ss.). Esta "generalización por decisión administrativa" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, Eficacia... cit., p. 61, que pone en evidencia la excepcionalidad de esta figura, supeditada al cumplimiento de determinados requisitos, principalmente de representatividad, exigidos por la ley, v. p. 66 ss.) es la solución adoptada en países de nuestro entorno como Francia (sobre el procedimiento y requisitos para la extensión, sea ésta ordinaria o especial ("elargissement"), de los convenios, una vez que se ha declarado "susceptibles" de ser extendidos, v. art. L. 133 CT; asimismo, RIVERO/SAVATIER, op. cit., p. 317 ss.; DESPAX, op. cit., p. 464 ss.) y Alemania (art. 5 TVG; v. DAÜBLER, op. cit., p. 214-215; WEDDERBURN/SCIARRA, art. cit., p. 84 ss.). Por otra parte, sobre la naturaleza jurídica del acto administrativo de generalización (v. DAÜBLER, ib.), se suscitó en su día un amplio debate doctrinal entre los partidarios de la llamada "teoría reglamentaria" (ALONSO OLEA, entre otros), que otorgaba a dicho acto un carácter constitutivo de la normatividad del convenio, y los defensores de la, mayoritaria, "teoría convencional", que, por el contrario, lo calificaba de meramente declarativo, dando mayor relevancia al poder normativo de las partes sociales (un ilustrativo resumen de los términos por los que discurrió el mismo, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 80 ss.). Desde esta última perspectiva, en consecuencia, la naturaleza del convenio no se ve afectada por el acto administrativo de extensión, ya que "esta decisión tiene por objeto modificar el campo de aplicación de una regla de derecho" es decir, constituye "una simple medida de orden particular que afecta al alcance de un convenio" (ROUAST, art. cit., p. 642). Sin embargo, como veremos (*infra*, Cap. IV.2), esta conclusión sólo puede compartirse en los supuestos de extensión ordinaria, es decir, cuando se trata de la ampliación del ámbito de aplicación de convenios colectivos de eficacia limitada a todos sus destinatarios "naturales", pero no, como es obvio, cuando estamos ante un modelo de negociación colectiva de eficacia general.

<sup>384</sup> Sobre el procedimiento administrativo de generalización, así como sobre el contenido sobre el que recae el acto (sólo la parte normativa, no la obligacional), v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 70 ss.; esp., p. 76-77. Una crítica a estos métodos de "extensión indirecta" de la eficacia del convenio, en concreto, al establecido en la ley n. 741 de 14 de julio de 1959 ("Ley Vigorelli"), en MARIUCCI, La contrattazione... cit., p. 308 ss., y Le fonti... cit., p. 34 ss.

<sup>385</sup> Estos requisitos están conectados con la función originaria del mecanismo de la extensión heterónoma del alcance subjetivo del convenio (v. ut supra). En un sistema de pluralismo sindical, no obstante, deben quedar claros "a priori" cuáles son esos requisitos a cuyo cumplimiento se anudan tan cualificados efectos (en nuestro ordenamiento jurídico el problema viene resuelto en el Título III ET, v. *infra*). Como hemos señalado, dichos requisitos vienen referidos, principalmente, a la representatividad (no representación) que debe ser ostentada por los sujetos pactantes, que, en un sistema de pluralismo sindical "se concibe de forma relativa, no absoluta, y se expresa con la terminología del sindicato o de los sindicatos más representativos", pudiendo producirse problemas de concurrencia de convenios cuando la representatividad es "plural" y no "exclusiva" (GIGUNI, "La extensión..." cit., p. 161). En efecto, las dificultades que en los sistemas de pluralismo sindical encuentra esta "expansividad" de la eficacia del convenio, proviene del hecho de que "el convenio en ampliación encuentra siempre como límite insuperable, la existencia de otros convenios con idéntica vigencia que él mismo" (op. ult. cit., p. 26), lo que planteará la necesidad de establecer criterios que rigan una previsiblemente conflictiva concurrencia (v. *infra*).

proceder a la extensión, en el segundo<sup>386</sup>. Pero, en ambos casos, dicha concesión supone también un plus de control<sup>387</sup> que asume el Estado como precio que se cobra por aquel apoyo extra<sup>388</sup>. En un sistema democrático de relaciones laborales, son, por tanto, los propios sujetos los que, en función de la valoración que hagan de su propio poder, los que deciden, en última instancia si están o no dispuestos a pagar dicho precio<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> En su raíz, el fundamento de este singularizado control a posteriori tenía por objeto que el Estado comprobase que efectivamente "se ha representado, esto es, se han tenido en cuenta los intereses de la categoría" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 104).

<sup>387</sup> Que tiene en la libertad sindical, articulada jurídicamente como derecho fundamental, su principal limitación. No hay que olvidar que "el dogma de la libertad sindical constituye un considerable obstáculo para la generalización de los efectos del convenio colectivo, y consecuentemente, para la posibilidad de una representación profesional unitaria" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 198). En general, sobre la polémica suscitada en la doctrina italiana en relación con el "convenio colectivo erga omnes", proyectado en el controvertido art. 39 de la Constitución, v. PERSIANI: "I soggetti del contratto collettivo con efficacia generale", DL-58, p. 88 ss.; GIUGNI: "La validità erga omnes dei contratti collettivi", en Lavoro legge contratti, cit., p. 83 ss.; RUSCIANO, op. cit., p. 3 ss.; asimismo, SCOGNAMIGLIO: "Autonomia sindacale...cit., p. 152-153. Para este autor, "el convenio colectivo, en régimen de libertad sindical, tiende a identificarse con el de derecho común. Mientras sólo una específica intervención del derecho positivo, incidiendo sobre su esencia y eficacia, puede atribuirle el valor de un reglamento para la categoría" (p. 152). Un análisis crítico de la "fórmula constitucional" italiana en MARIUCCI, La contrattazione...cit., p. 28 ss.

<sup>388</sup> En efecto, "a medida que el pacto colectivo gana eficacia pierde libertad" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 203, que, a su vez, recoge la cita de ALONSO OLEA, Pactos colectivos y contratos de grupo IEP-MADRID, 1955, p. 104; en concreto, sobre la posible incompatibilidad entre eficacia general y libertad sindical, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 48 ss., lo que se agudiza mediante el "peligroso" sistema de generalización mediante acto administrativo, op. cit., p. 108-111).

<sup>389</sup> La realidad comparada nos muestra cómo las opciones difieren de un país a otro. El caso más paradigmático al respecto es sin duda sea el de Italia, en donde la respuesta de los sindicatos, quizás recelosos de la experiencia corporativista anterior, ha sido la del rechazo tradicional al convenio colectivo erga omnes que, previsto en el art. 39 de la Constitución, ha quedado, finalmente, sin virtualidad práctica alguna por el poder fiscalizador que su régimen jurídico otorgaba al Estado frente a los sindicatos (V. al respecto, GIUGNI, "La funzione...cit., p. 169; MENGONI: "Il contratto collettivo...cit., p. 264 ss.). Sin embargo, la crisis de representatividad "política" que atraviesan en la actualidad los sindicatos ha favorecido la búsqueda de una representatividad "legal" que, inexorablemente, trastoca las estrategias sindicales (de conflictuales o reivindicativas a colaboracionistas) y sus instrumentos de actuación y conduce, en definitiva, al llamado "modelo neocorporativo" (v., al respecto, RUSCIANO, op. cit., p. 148 ss. En todo caso, hay que tener en cuenta que "conflicto y colaboración social son tipos ideales entre los cuales en la realidad existe un continuum" (MENGONI, "Gruppi organizzati...cit., p. 320). A pesar de ello, sin embargo, no han podido evitarse disfuncionalidades ("nuevas contradicciones" según MARIUCCI, La contrattazione...cit., p. 15) tales como la ineficacia de convenios pactados por sindicatos representativos ante la proliferación, cada vez mayor de pactos "extrasindicales" que rechazaban la estrategia "colaboracionista" plasmada en aquéllos. Sin embargo, lo importante de esta nueva forma de conflictualidad, que ahora tiene como sujetos enfrentados al sindicato y a los trabajadores de la base, es la ineficacia del sistema negocial y la paralela centralidad de la ley

Ello no obstante, en lo que aquí interesa, hay que advertir que, sea cual sea el mecanismo utilizado al efecto, el dato que añaden al convenio (la aplicación "general" a la unidad negociada de referencia) no es constitutivo de su esencia como norma<sup>390</sup>. En otras palabras, el hecho de que un convenio tenga o no eficacia "erga omnes" en nada afecta a su calificación como norma jurídica<sup>391</sup>, y ello, con independencia de sus repercusiones para un análisis tipológico de los diversos productos convencionales<sup>392</sup>.

En efecto, a pesar de que la inercia histórica convierta la habitualidad de este tipo de intervención, en algo intrínseco al convenio, convirtiendo lo que es un simple añadido en nota esencial y definitoria de su naturaleza

---

en la ordenación de las relaciones laborales (v., en relación con las consecuencias de la llamada "praxis" neocorporativa, RUSCIANO, op. cit., p. 154 ss.). En efecto, "la falta en el ordenamiento de una instrumentalización capaz de traducir jurídicamente objetivos políticos tan ambiciosos, repliega al convenio colectivo en los viejos esquemas del derecho común y, al mismo tiempo, abre la puerta de la ley en la disciplina de las relaciones de trabajo. En definitiva, es incluso la informalidad del método neocorporativo a considerar ineluctable el uso de la ley como único instrumento para imponer las decisiones políticas contratadas en la cúspide lo que lleva a concluir que los recorridos jurídicos de un método de este estilo son los propios de un modelo corporativo autoritario más que democrático" (RUSCIANO, op. cit., p. 156).

<sup>390</sup> Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO (op. cit., p. 71) en relación con la generalización mediante acto administrativo, se trata "tan sólo (de) una ampliación del ámbito de eficacia personal, una extensión de éste". Y ello, a pesar de que la falta de perspectiva histórica pudiera hacer pensar lo contrario. Así hay que interpretar las, excesivamente rotundas, palabras de HAMBURGUEZ ("Aplicación de los convenios colectivos a la totalidad de una profesión o industria", RIT, 1939 X/3; p. 240): "el convenio colectivo siente 'horror al vacío', la tendencia a la extensión le es inherente y los que se oponen a la unificación de las condiciones de trabajo deberían combatir también al convenio colectivo" (cit. en RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 36, n. 17).

<sup>391</sup> Por ello, la correspondencia entre los pares eficacia general=norma y eficacia limitada=contrato no puede ser mantenida. En contra, RUSCIANO, op. cit., p. 125-126, que considera "la falta de eficacia erga omnes" como "el obstáculo mayor" para la integración del convenio en "el sistema de fuentes del derecho objetivo". Llegar a dicha conclusión, incluso partiendo desde posiciones típicamente ordinamentalistas, supone, en definitiva, reconocer que la intervención legal (a través de la selección del sindicato más representativo) es decisiva para la relevancia jurídico-normativa de los productos del "ordenamiento intersindical" que, paradójicamente, se autodefine como originariamente autónomo (v. *ut supra*). En conclusión, como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO (op. cit., p. 79), "el convenio colectivo generalizado tiene idénticos efectos normativos que cualquier convenio no ampliado, lo que le caracteriza únicamente es que su círculo de sometidos se ha extendido a todos y cada uno de los incluidos en la unidad de pactación que se trate".

<sup>392</sup> De este modo, se puede decir que, en realidad, estamos simplemente ante "un tipo específico de convenio que cumple una serie de características exigidas por el Ordenamiento" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, op. cit., p. 70).



normativa<sup>393</sup>, un mero repaso por el derecho comparado es suficiente para dar cuenta, no sólo del carácter eventual de la mencionada intervención<sup>394</sup>, sino también de la esfera afectada (sólo la de su eficacia personal<sup>395</sup>).

En definitiva, la eficacia general o limitada de un convenio no supone otra cosa que la delimitación del ámbito de aplicación personal del mismo, que puede ser más o menos extenso<sup>396</sup> en función del cumplimiento o no de los requisitos

---

<sup>393</sup> En este sentido, GIUGNI (op. cit., p. 105, n. 8) pone de manifiesto que, a pesar de ser cierto que, "dadas determinadas condiciones histórico-ambientales", para la extensión erga omnes de los efectos del convenio es necesario la intervención ad hoc de la ley, "sería erróneo atribuir a tal verdad un valor incondicionado, hasta creer, por ejemplo, que la eficacia erga omnes sea un atributo natural del convenio colectivo". Como apunta ROUAST (art. cit., p. 643), "este auxilio no transforma la naturaleza de la institución: sólo hace aumentar su eficacia".

<sup>394</sup> V., en este sentido, GIUGNI, op. cit., p. 105, n. 8. No hay que olvidar que, "en los sectores del mercado de trabajo donde los interlocutores sociales gozan de una posición dominante, la aplicación generalizada del convenio está garantizada prácticamente" (GIUGNI, "La extensión...cit.", p. 160).

<sup>395</sup> El ejemplo más claro viene representado por la experiencia italiana. La inactuación de la previsión constitucional en relación con el convenio colectivo erga omnes (art. 39 CI), ha comportado "la paralela abdicación del empleo de la ley como instrumento de conformación del sistema negocial" (MARIUCCI, op. cit., p. 304). Sin embargo, ello no quiere decir que en Italia no exista un efectivo sistema de negociación colectiva, ni que los convenios carezcan de eficacia. En el mismo sentido se pronuncia, en relación con la experiencia inglesa, WEDDERBURN (The worker and the law, HARMONDSWORTH, 1986; p. 172). Hay que advertir, por otra parte, que la sobrevaloración de la extensión erga omnes que, sin duda, supone su consideración como elemento típico y esencial de la norma jurídica, está fundamentada en una progresiva desnaturalización del aludido mecanismo. En efecto, como señala PROSPERETTI (op. cit., p. 71, n. 116), "la eficacia general del convenio colectivo ha venido a asumir, al amparo de la función que técnicamente le es propia, y que consiste en asegurar la protección, en sentido amplio, de las franjas marginales del mercado de trabajo, la de garantizar el respeto de los pactos colectivos frente a los, cada vez más frecuentes, fenómenos de disidencia por parte de los trabajadores que contestan la aplicabilidad, en relación con ellos, de determinadas disciplinas colectivas".

<sup>396</sup> La eficacia general se ha entendido tradicionalmente, en contraposición con la limitada, como la ampliación del ámbito de aplicación subjetiva del convenio hasta afectar a todos sus "naturales destinatarios" (LIEBMAN, Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano, GIUFFRÉ-MILANO, 1986; p. 70), conjunto que se identificaba con la "categoría" (una crítica a la definición del concepto, de raíz corporativa, es la realizada por PERSIANI, "I soggetti...cit.", p. 91; para este autor si "por categoría profesional se entiende el conjunto de personas que, en un momento dado, desarrollan la misma actividad laboral en un proceso productivo", sólo estamos dando relevancia al dato formal del concepto que, ordinariamente era objeto de una previsión legal; en un sistema de pluralismo sindical, sin embargo, es el concepto de interés el que aglutina al conjunto de personas que forman parte de la categoría, y ello, independientemente de la actividad laboral desarrollada por éstas; de ahí que su conexión con el problema de la eficacia erga omnes, en el sentido anteriormente apuntado, no parece muy apropiada, ya que la determinación del ámbito negocial, en cada caso, es una decisión libremente adoptada por los sujetos sociales). Esta extensión era valorada positivamente, ya que se entendía (v. RODRÍGUEZ-PINERO, op. cit., p. 50) que "el interés de la categoría profesional sólo podría ser salvaguardado mediante normas que afectasen a toda esa categoría", de ahí que "si el convenio colectivo no podía realizar esa

previstos por la ley. Pero en ningún caso cuestiona el modo en el que las relaciones individuales de trabajo, incluidas en los respectivos ámbitos de aplicación, quedan vinculadas al convenio en tanto que norma jurídica<sup>397</sup>.

De este modo, los contratos de los trabajadores afectados, afiliados o no a los sindicatos pactantes, en el caso de convenio de eficacia general, o bien, sólo afiliados, en el caso de convenio de eficacia limitada, deben observar las limitaciones que impone el respeto a la fuerza vinculante de los convenios, consecuencia de la naturaleza normativa del convenio que, en uno y otro caso, queda incólume. Por otra parte, el hecho de que en el caso del convenio colectivo de eficacia limitada el ámbito de aplicación personal pueda quedar supeditado al dato afiliativo, no altera la conclusión anterior. Una norma sigue siendo norma con independencia de las eventuales alteraciones en el número de sujetos

---

función habrían de buscarse instrumentos jurídicos distintos" (en nuestro país, las, hoy denostadas, ordenanzas y reglamentaciones de trabajo). Sin embargo, es evidente que la crisis del propio concepto de categoría en la actualidad, paralela al declive del principio de homogeneización de las condiciones laborales y al propio concepto de "clase" entendida, igualmente, como unidad compacta e inescindible, lo hace inidóneo como punto de referencia de una potencial ampliación subjetiva de la eficacia de la norma convencional, máxime en un sistema de pluralismo sindical donde impera el principio de libre elección de la unidad de negociación. En efecto, como señala GIUGNI (op. cit., p. 103, n. 8), la crisis del concepto de categoría proviene del hecho de que "el interés colectivo es una creación de la voluntad normativa de los sujetos negociales"; de este modo, "la diferente calificación del "colectivo" presenta de hecho notables reflejos jurídicos", principalmente relacionados con el "el problema de la eficacia erga omnes". En el fondo, lo importante no es el interés colectivo a defender (fundamento del concepto de categoría), cuya indivisibilidad no existe "in natura" (BALLESTRERO, art. cit., p. 380), sino algo que, necesariamente debe precederle: el poder efectivo del grupo organizado (v. GIUGNI, op. cit., p. 110). No hay que olvidar que el concepto de categoría, de raíz corporativista, es un fenómeno prejurídico: "La categoría era el prius, el sindicato el posterius" (MANCINI: "Libertà sindacale e contratti collettivi erga omnes", cit, p. 671. Todo ello conlleva que la figura del convenio colectivo erga omnes, de mantenerse, debe tener una funcionalidad totalmente distinta a la que tradicionalmente asumía. Una sobrevaloración de este carácter en relación con la estructura del convenio, ha sido la causa, no sólo de equívocos teóricos, sino de disfuncionalidades prácticas. En el caso italiano, por ejemplo, ha supuesto la inactuación del art. 39.1 de la Constitución al pivotar el sistema previsto, precisamente, en torno al concepto de categoría profesional (v. PERSIANI, "I soggettivi...cit., p. 91).

<sup>397</sup> Desde esta perspectiva, puede constatararse la incorrección del tradicional planteamiento analítico, que, además, confunde la validez de una norma con su eficacia personal (limitada o general) que, tal y como se entiende, no es otra cosa el "ámbito de validez" de la misma, cuya extensión, siendo variable, no prejuzga ni define la normatividad de un acto jurídico (KELSEN: Teoría General del Derecho...cit., p. 43).

vinculados<sup>398</sup>. La posibilidad de ampliación o restricción del ámbito de aplicación del convenio de eficacia limitada en función de las oscilaciones en el número de afiliados que puedan sufrir los sujetos pactantes, afectaría, en su caso, al alcance personal del convenio (extensión de la eficacia), pero no a la fuerza vinculante (intensidad de la eficacia) que, por su naturaleza, despliega per se la norma convencional frente al acuerdo de voluntades individuales que se cristaliza en el contrato<sup>399</sup>.

En definitiva, parece indiscutible que el dato de la eficacia general no es "esencial" al convenio como fuente, sino que se incorpora al mismo, como dato accesorio, en el que hemos denominado "proceso de juridificación formal" de la negociación colectiva. Su ausencia, por tanto, no debe poner en duda la normatividad del mismo.

---

<sup>398</sup> Hay que tener presente que, como es sabido, la generalidad no es un requisito "esencial" de la norma jurídica (en este sentido, CASTAN TOBEÑAS, op. cit., p. 396-397; DE LOS MOZOS, op. cit., p. 392-393). Para BOBBIO (Teoría de la norma jurídica, GIAPPICHELLI-TORINO, 1958; p. 233), "la consideración de la generalidad y la abstracción como requisitos esenciales de la norma jurídica tiene un origen ideológico y no lógico (...), esto es, son requisitos no tanto de la norma jurídica (es decir, de la norma válida en un sistema determinado), sino de la norma justa". Sobre esta ascendencia iusnaturalista de la mencionada teorización, v., críticamente, ZAGREBELSKY, op. cit., p. 11-12.

<sup>399</sup> Esta conclusión no debe quedar oscurecida por una apreciación distorsionada del significado de la intervención legal. En efecto, pudiera parecer que la vinculabilidad del convenio frente a los no afiliados sólo es posible por mediación del concurso de la ley. Y así es. En la medida en que el alcance del poder del sindicato coincide, en principio, con el ámbito de despliegue de su capacidad organizativa, toda ampliación de la esfera de afectados que sobrepase dichos límites no puede ser garantizada por el sindicato. La garantía de la vinculabilidad de estos trabajadores no afiliados sólo puede ser cubierta, estableciendo técnicas de diverso orden que complementen dicha carencia, por la ley, es decir, por el mismo instrumento de poder del que trae causa la aludida extensión del ámbito de aplicación del convenio. En definitiva, el déficit de vinculabilidad que, en relación con los sujetos sociales, representa la aplicación del convenio a la franja de trabajadores no afiliados, debe ser cubierto por quién lo ha propiciado, es decir, por la ley. De esta manera, el plus de eficacia requiere un plus de vinculabilidad que sólo la ley está en condiciones de ofrecer. Ahora bien, en ningún caso esto significa que el convenio, en tanto que norma, deba tener tal alcance ni que, en consecuencia, el plus de vinculabilidad ofrecido por la ley, referido a un sector de su ámbito de aplicación añadido por ésta, constituya la clave para concluir que la intervención legal es definitoria de la normatividad del convenio.

***PORTE II. - LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.***



### **CAPÍTULO III.- EL MODELO CONSTITUCIONAL: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE EN LA CONSTITUCIÓN.**

#### **1.- INTRODUCCIÓN.**

*El estudio de la negociación colectiva como fuente del derecho adquiere su pleno significado cuando se toma como referencia una experiencia jurídica concreta. Sin perjuicio de la importancia del análisis del fenómeno en sede de teoría general, imprescindible para determinar las claves que rigen la posición y la función de la institución en el sistema jurídico, es ahora, al entrar en contacto con la realidad, cuando se comprueba la capacidad explicativa de los diversos ensayos teóricos. No en vano, la solución de los problemas prácticos que plantea la dinámica de la institución en cada ordenamiento jurídico es, precisamente, la propia razón de ser de aquellos ensayos que, por ello, nacen con vocación de aportar respuestas compatibles con la coherencia interna que debe presidir, por definición, el orden jurídico de referencia.*

*Por ello, el examen de nuestro modelo de negociación colectiva se llevará a cabo partiendo de las premisas analíticas que se derivan del modelo teórico antes estudiado. De este modo, es decir, mediante su proyección sobre nuestro ordenamiento jurídico, se podrá verificar la presencia en éste de los elementos esenciales que componían la estructura de aquél, proporcionando, además, vías de integración a las eventuales lagunas que se puedan detectar. Esto no significa que se pretenda forzar la realidad jurídica para ajustarla a los moldes teóricos, propio de los esquemas analíticos formalistas, sino de tratar de dotar de coherencia a las operaciones hermenéuticas que pudieran hacerse. A diferencia*

de aquéllos esquemas, la elaboración del modelo teórico no ha prescindido de la realidad, sino que parte de ella para intentar explicarla satisfactoriamente. Precisamente ha sido el estudio de la dinámica funcional de la institución en el marco de los diferentes ordenamientos jurídicos, de donde se han extraído los elementos precisos para el diseño del modelo teórico; de ahí que haya razones para entender que dichos peligros estén conjurados. En consecuencia, sin renunciar a la mínima base estructural que todo análisis requiere, ésta ha pretendido ser, por esencial, lo suficientemente flexible como para servir de referencia "técnica" para el estudio de la institución dentro de una experiencia jurídica concreta, en este caso, el ordenamiento jurídico español.

Como quiera que la elaboración del modelo teórico ha consistido en la descripción del proceso de juridificación mediante el cual el poder de los sujetos sociales, originariamente fáctico, encuentra expresión normativa, nuestro examen debe comenzar por la primera de las fases en las que se desglosaba dicho proceso. De este modo, dejando para el próximo capítulo el estudio de cómo se ha llevado a cabo la formalización jurídica del mencionado poder normativo (proceso de jurificación formal), se hace necesario, de forma preliminar, analizar el fundamento material de dicho poder en nuestro ordenamiento jurídico (proceso de juridificación material). Como hemos visto, tratándose de una fuente del derecho, la ubicación del análisis debe hacerse en un estadio prenormativo, es decir, en el marco de la esfera intraorganizativa del derecho (sistema interno) que, como se sabe, se identifica con marco constitucional. Por ello, las conclusiones que se extraigan del mencionado análisis habrán de constituir el que hemos denominado modelo constitucional, por lo demás, punto de referencia inexcusable de la intervención legal en el proceso de juridificación formal de

la fuente colectiva<sup>1</sup>.

La diferente perspectiva de análisis impone la utilización de instrumentos cognoscitivos capaces de traer a colación todos los elementos (históricos, políticos, culturales, económicos y sociales) que son necesarios para la comprensión del lugar de la institución en el contexto de nuestro sistema jurídico<sup>2</sup>. De este modo, estando ante un poder normativo, nos interesa conocer las claves explicativas de la juridificación de ese poder, es decir, su conformación como fuente del derecho dentro del ordenamiento jurídico español. Desde este punto de vista, no hay que olvidar que la determinación del peso específico de cada fuente del derecho depende de su relación con las demás, señaladamente, con la ley. En efecto, habiéndose configurado la autonomía colectiva como poder (ya juridificado) competidor con el poder legislativo, la posición relativa de cada una de las fuentes va a depender de cómo se haya realizado la distribución de poder en cada ordenamiento jurídico. Dicha distribución se realiza en la Constitución, y, por ello,

---

<sup>1</sup> El papel de la ley en la concreción del marco institucional diseñado en la Constitución ("modelo legal") debe examinarse, por tanto, desde dos perspectivas. En primer lugar, en el plano de la creación jurídica, hay que valorar la actuación de la ley en la organización técnica del sistema de producción de normas vía negociación colectiva. En segundo lugar, en el plano de la aplicación, se examinará la determinación, por la ley, de las relaciones entre norma legal y norma colectiva en la ordenación de las relaciones de trabajo (v. *infra*, Cap. IV).

<sup>2</sup> No hay que olvidar que, en general el Derecho colectivo del Trabajo se caracteriza por un intrínseco dinamismo y, en consecuencia, por estar "impregnado de historicidad" (MONTALVO CORREA, *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, CIVITAS-MADRID, 1975; p. 264). Sobre las peculiaridades del sistema español de relaciones colectivas de trabajo, v. RIVERO LAMAS: "La contratación colectiva en el derecho español", RPS 105/75; p. 5 ss. Este autor centra el análisis de los condicionamientos históricos del modelo español de negociación colectiva en tres factores: "la tardía reacción del poder político ante las libertades sindicales y la negociación colectiva; la actitud revolucionaria de las centrales sindicalistas españolas de mayor volumen de afiliados, y, por último, la continuidad que se advierte en las experiencias corporativas, que han supuesto un verdadero trucaje del sistema de relaciones laborales en España a partir de 1926" (p. 7); asimismo, destacando el intervencionismo como dato clave, MONTOYA MELGAR, "El Estado y la Autonomía Colectiva", AL-22/89; p. 375 ss. En general, sobre los presupuestos y notas configuradoras del modelo español de relaciones laborales, v. SAGARDOY BENGOCHEA: "Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales en España", RL-87(II), p. 237 ss. Para DESPAX (op. cit., p. 139), son las estructuras económico-sociales el elemento clave para la determinación de cada "modelo nacional".

nuestro análisis debe comenzar por la caracterización de la negociación colectiva como fuente desde nuestra norma suprema.

El estudio del modelo constitucional, por tanto, nos proporcionará los datos suficientes para la construcción del marco institucional en el que necesariamente tendrán que moverse los actores sociales y, también, la labor del legislador en la ordenación de las relaciones de trabajo<sup>3</sup>. Las relaciones entre unos y otros deberán observar limitaciones que se derivan del diseño efectuado en la Constitución, sea de forma explícita (mandatos constitucionales expresos), sea de forma implícita (deducidas de la estructura material que contempla).

Teniendo en cuenta que el modelo constitucional no comporta la determinación de un diseño cerrado y definido en todos sus extremos<sup>4</sup>, el modelo legal puede ser diverso y variable en función de las cambiantes circunstancias sociales, económicas y políticas<sup>5</sup>. Hay un elenco de opciones posibles en manos del legislador que, con base en valoraciones de política del derecho, adoptará la solución que considere más oportuna en cada momento<sup>6</sup>. Ahora bien, esto

---

<sup>3</sup> Como señala SAGARDOY BENGOCHEA ("Anotaciones...cit.", p. 237), en puridad, "sólo cabe hablar en rigor de sistema o modelo de relaciones industriales cuando se ha creado un cuerpo de ideas o creencias comúnmente compartidas y relativas a la interacción y a los papeles respectivos de los actores sociales, los cuales contribuyen a mantener unido el sistema".

<sup>4</sup> Este va a ser uno de los principales rasgos de nuestro modelo constitucional (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit.", p. 347).

<sup>5</sup> Como hemos visto, la relación entre uno y otro modelo se identifica en la distinción técnica de LARENZ entre "tipo jurídico estructural" y "tipo real normativo" (v. ut supra, Cap. II).

<sup>6</sup> Precisamente el respeto a ese "amplio espectro de opciones legislativas que son posibles en el ordenamiento constitucional", se ha necesario separar "lo que son reglas de funcionamiento del sistema de relaciones laborales de lo que son las bases o fundamentos que los sustentan" (MARTÍN VALVERDE: "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", RPS-137/83, p. 146; v., también, la STC 11/81, de 8 de abril, que, en su fundamento jurídico n° 7, contiene la base argumental del comentario citado).

no significa que toda actuación del legislador al respecto sea constitucionalmente admisible<sup>7</sup>. La determinación de los perfiles en los que debe enmarcarse la labor legislativa es, precisamente, el objeto de la construcción del modelo constitucional. Por otra parte, la constatación de la contingencia del modelo legal es argumento suficiente para corroborar la existencia de un modelo o marco constitucional y, en definitiva, para justificar la necesidad del definirlo.

No en vano, poder legislativo y negociación colectiva constituyen dos poderes normativos cuya relación sólo puede ser estudiada en el marco constitucional, pues es aquí donde se efectúa la composición de los equilibrios internos que rigen el sistema de fuentes de un determinado ordenamiento jurídico. Sólo en sede constitucional, por tanto, serán resolubles los complejos problemas que se plantean en torno a las relaciones entre el poder colectivo y poder legislativo, cuya proyección práctica inmediata se pone de manifiesto, en el plano positivo, en las relaciones ley/convenio colectivo. El análisis de la adecuación del modelo legal al constitucional debe tener en cuenta estas premisas jurídico-materiales (que no fácticas) que, en definitiva, conforman el sustrato de todo el marco de relaciones entre las fuentes del derecho del trabajo.

Partiendo de las premisas teóricas avanzadas, el examen de nuestro modelo constitucional de negociación colectiva ha de partir, por tanto, del estudio de la configuración de la autonomía colectiva en nuestro ordenamiento. La constatación de la efectiva constitucionalización de este poder colectivo

---

<sup>7</sup> Precisamente una de las principales razones para la separación analítica entre modelo constitucional y modelo legal es la de poner de relieve, no sólo la existencia de dos "paradigmas" distintos, sino también la necesaria sujeción del segundo al primero. Por tanto, es preciso deslindar claramente los perfiles de uno y otro, evitando los peligros que conlleva su confusión. El más acuciante es, sin duda, el constituido por la tendencia, doctrinal y jurisprudencial, a invertir el par (v. VALDÉS DAL-RÉ: "El paradigma legal de la negociación colectiva", RL 6-7/90; p. 113).

será, en consecuencia, el presupuesto necesario para perfilar la posición de la negociación colectiva como fuente en nuestro texto constitucional. Como es obvio, el desarrollo de toda esta fase en un plano de constitucionalidad material<sup>8</sup> hará que los instrumentos de análisis que se utilicen serán los principios y valores, y ello, sin perjuicio de que estén o no positivados en la Constitución formal<sup>9</sup>. Posteriormente, la dogmática constitucionalista nos proporcionará los elementos necesarios para examinar, la configuración jurídica de este poder de autonormación de los sujetos sociales. Las conclusiones extraídas de dicho examen servirán, finalmente, para contrastar, a nivel de principio el modelo legal y el modelo constitucional, fase previa para el estudio particularizado, en el próximo capítulo, de nuestro modelo legal de negociación colectiva.

---

<sup>8</sup> Siguiendo a MORTATI, por "Constitución material" entendemos ese "núcleo esencial de fines y fuerzas" (RAVERAIRA, op. cit., p. 24). Considerada así, en su dinamismo ("Constitución viviente"), ofrece la virtualidad de poder ser sometida a una interpretación evolutiva.

<sup>9</sup> Por ello, nuestro análisis se desenvolverá en un plano no normativo que, sin llegar a ser totalmente extrapositivo, pues alguno de los principios y valores fundamentales aparecen positivados en nuestra Constitución, encuentra su expresión en el plano de la construcción dogmática. Su formulación es, por tanto, conceptual y no normativa, lo que, sin embargo, no le resta valor jurídico.

## 2.- LA JURIDIFICACIÓN DEL PODER SOCIAL: LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN LA CONSTITUCIÓN.

### 2.1.- La incorporación de la autonomía colectiva a la CE como presupuesto necesario.

Según se deducía del análisis teórico, la negociación colectiva como fuente material del derecho tenía, como toda fuente, su referente inmediato en un poder juridificado, la autonomía colectiva. El significado de este poder en nuestro ordenamiento jurídico ha de partir, necesariamente, del análisis de su configuración jurídico-constitucional<sup>10</sup>. Sólo así podrá efectuarse, posteriormente, el análisis de la posición de la negociación colectiva en el sistema de fuentes, directamente conectada a dicho poder juridificado, del cual, por su parte, devenía cauce de expresión normativa<sup>11</sup>. A su vez la autonomía colectiva, como resultado de la juridificación de un poder originariamente social que concluye con su incorporación al sistema jurídico, aparecía sometida, en dicho proceso, a los principios y valores que constituyen la cúspide del ordenamiento. En consecuencia, la autonomía colectiva quedaba configurada jurídicamente como un subprincipio<sup>12</sup>, cuya función no es otra que la realización de los fines del derecho. Estos fines se

---

<sup>10</sup> No hay que olvidar que "es la Constitución el fundamento de todo poder jurídico en un Estado democrático, y es en ella donde deben buscarse las respuestas y las preguntas que nos hagamos sobre cualquier poder" (ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", en La reforma de la negociación colectiva, cit., p. 51).

<sup>11</sup> De este modo compartía la característica común de toda fuente, es decir, su categorización como un "concepto jurídico determinado por su función", según la expresión de LARENZ (v. ut supra, Cap. I).

<sup>12</sup> Como hemos visto, la principal virtualidad del subprincipio consistía en ser, simultáneamente, el desarrollo inmediato de un principio superior y una de las formas por las que aquél se llenaba de contenido. Por eso LARENZ calificaba de "proceso circular" la relación que se establecía entre ellos (v. ut supra).

deducen, precisamente, de la composición de equilibrios resultante entre los diversos valores superiores. La autonomía colectiva, directamente vinculada a este sistema, se verá afectada por la modificaciones que se produzcan en el mencionado equilibrio, fruto, por su parte, de los cambios (sociales, económicos, culturales) acaecidos en la sociedad. Tratándose de un poder con vocación normativa, un cambio en la composición del equilibrio entre los diversos valores significará un variación en su importancia relativa de ordenación de la realidad social, cuyo reflejo inmediato se traducirá en un aumento o disminución del papel a desempeñar por la negociación colectiva como fuente<sup>13</sup>.

Trasladando este esquema a la CE, podemos apreciar que la autonomía colectiva, como subprincipio, no encuentra una formulación expresa en nuestro texto constitucional<sup>14</sup>. Sin embargo, ello no es óbice para constatar, implícitamente, su presencia material en el mismo<sup>15</sup>. Ello se deduce del reconocimiento expreso de sus elementos estructurales<sup>16</sup>: la

---

<sup>13</sup> La repercusión inmediata del cambio de equilibrios entre los diversos valores sobre el sistema de fuentes no ofrece ninguna duda. No en vano, el sistema de fuentes se encuentra directamente vinculado al sistema de valores o, dicho con otras palabras, la realización de los fines del ordenamiento se efectúa mediante la distribución de poderes normativos, cuya misión es la ordenación de la realidad social conforme a dichos fines.

<sup>14</sup> Ello no es de extrañar si tenemos en cuenta que en las Constituciones contemporáneas no es usual un reconocimiento explícito del poder social. V., en relación con la Constitución francesa, el trabajo de JEAMMAUD, "Les principes dans le droit français du travail", DS 9-10/82; p. 618 ss., esp., p. 620; para la doctrina italiana, como fundamento constitucional del "poder sindical" se ha señalado la función del sindicato en aras de la consecución de la llamada "democracia sustancial" (RAVERAIRA, op. cit., p. 99). En relación con nuestra experiencia, no hay duda en la doctrina acerca de la recepción implícita de la autonomía colectiva en el texto constitucional, en el que se configura como un "principio de preside la vida jurídica" (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit., p. 159).

<sup>15</sup> Sobre la irrelevancia del reconocimiento formal de este poder social ("sindical"), v. RAVERAIRA, op. cit., p. 103.

<sup>16</sup> En parecidos términos, ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía colectiva...cit., p. 56-57. Para este autor, la autonomía colectiva aparece, así, como un "<<macroconcepto>> que contiene en sí los tres elementos medulares del fenómeno colectivo protagonizado por la clase trabajadora desde el comienzo de su actuación social como tal en defensa de sus intereses, a saber: sindicación, negociación y presión" (sobre el alcance de esta estructura tridimensional de la autonomía colectiva, v. ut supra, Cap. II.2).



autoorganización, la autotutela y la autonormación, configurados jurídicamente como libertad sindical (art. 7 y 28.1 CE), derecho de huelga (art. 28.2 CE) y derecho de negociación colectiva (37.1 CE). Sobre éstos volveremos posteriormente, al examinar cómo aparecen articulados formalmente los tres pilares sobre los que se asienta el poder colectivo en la CE<sup>17</sup>. Ahora, con carácter preliminar, nos interesa examinar los fundamentos materiales de la autonomía colectiva, y concretamente, las directrices que marcan su incorporación contextualizada al marco constitucional, de tal manera que se pongan de relieve las conexiones inmanentes a la misma<sup>18</sup>. Teniendo en cuenta la naturaleza de subprincipio jurídico que le hemos otorgado a la autonomía colectiva, esta operación contextualizadora, trasladada al plano de la constitución formal, se ha de llevar a cabo en la llamada parte dogmática. En efecto, conforme corresponde al ámbito constitucional donde se diseña la organización de nuestro sistema jurídico-político<sup>19</sup>, esta parte, caracterizada por su alto nivel valorativo y, en consecuencia, por su bajo grado de positividad, constituye el marco obligado de referencia para la presente fase de nuestro análisis.

## 2.2.- Autonomía colectiva y sistema de valores.

---

<sup>17</sup> Ello no obstante, se puede adelantar al respecto que ha sido precisamente esta falta de explicitud en el reconocimiento de la autonomía colectiva la que "ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a forzar el tenor literal del artículo 28.1 de la Constitución para introducir en el <<derecho de libertad sindical>>, como formando parte de su contenido esencial, tanto la negociación colectiva como la huelga" (ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía...cit., p. 57).

<sup>18</sup> Sobre las conexiones de sentido que integra el sistema jurídico, v. ut supra, Cap. I.

<sup>19</sup> Sin perjuicio de la importancia que pueda tener la consideración de la CE como ley suprema, así como los problemas relativos a su aplicabilidad inmediata, ahora nos interesa más como factor de organización (establecimiento y ordenación) del sistema de fuentes. Sobre esta fundamental distinción, v. MARTÍN VALVERDE, "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", REDT-33/88; p. 55 ss.

En primer lugar, por tanto, se hace necesario analizar la conexión de la autonomía colectiva, configurada jurídicamente como subprincipio, con el sistema de principios y valores superiores, con el que mantiene una clara relación de subordinación. Nuestro texto constitucional, fiel a la naturaleza definitoria de estos valores superiores, comienza su articulado precisamente, con la enumeración de los mismos<sup>20</sup>. De este modo, el art. 1.1 CE efectúa la configuración del sistema de valores sobre los que se asienta nuestro sistema jurídico y político<sup>21</sup>. La propia Constitución, en tanto que representación de la organización global del Estado y de la Sociedad<sup>22</sup>, se encuentra teleológicamente dirigida a la realización de los valores y principios allí enunciados que, a la postre, impregnarán todo su contenido<sup>23</sup> y, por extensión, al resto del ordenamiento jurídico<sup>24</sup>. Todos los preceptos constitucionales en materia

---

<sup>20</sup> Sobre el carácter "capital" del sistema de valores para el resto del ordenamiento jurídico, v., por todos, PECES BARBA, op. cit., p. 97 ss. Compartiendo plenamente esta nota, ARAGÓN ("La eficacia jurídica del principio democrático", REDC-24/88; p. 17) destaca su carácter corrector "frentes a mutaciones desvirtuadoras de la normatividad constitucional".

<sup>21</sup> No en vano, como fue claramente advertido por el TC (S. de 13/02/81), el conjunto de valores forma un sistema axiológico que, constituyendo el fundamento del orden dogmático, supone "el criterio de ordenación o estructuración de éste" (PAREJO ALFONSO: "Constitución y valores del ordenamiento", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría (T. II); CIVITAS-MADRID, 1991; p. 111).

<sup>22</sup> En definitiva, del Estado, si utilizamos este término como comprensivo del binomio Estado-aparato/Estado comunidad.

<sup>23</sup> Pero ello no significa que sólo sean puntos de referencia para efectuar interpretaciones finalistas. Sin perjuicio de este valor hermeneútico, poseen una eficacia directa en tanto que normas jurídicas. En este sentido, PAREJO ALFONSO, "Constitución y valores...", cit., p. 122, que comparte lo que es una opinión generalizada en la doctrina (entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 138; PRIETO SANCHÍS: "Los valores superiores del ordenamiento", p. 85; ARAGÓN, art. cit., p. 17 ss.) y jurisprudencia constitucional (v., por todas, STC 4/81, de 2 de febrero).

<sup>24</sup> Lo que proporciona al sistema de valores un valor hermeneútico del primera magnitud, máxime en disciplinas jurídicas como el Derecho del Trabajo, donde la interpretación finalista goza de tanta tradición. En efecto, como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ("Justicia constitucional...cit., p. 444), "si todo el ordenamiento ha de responder a los principios fundamentales de la Constitución, no es aceptable una interpretación de la normativa infraconstitucional que devalúe la fuerza normativa y la efectividad de los derechos, principios y valores constitucionales en que se apoya nuestro Estado social y democrático de

laboral, por tanto, deben ser objeto de una consideración conjunta, formando un sistema en cuya cúspide hay que situar a los valores superiores<sup>25</sup>.

Entre ellos, será el valor de igualdad, desarrollado posteriormente en su vertiente material en el art. 9.2 CE, el referente inmediato de la autonomía colectiva; el referente mediato viene constuido por la configuración del Estado español como Estado Social (art. 1.1 CE), uno de cuyos fines es, precisamente, la consecución de la igualdad material. Pero la llamada "cláusula del Estado Social" no sólo se refiere a fines. Su carácter marcadamente teleológico no significa, sin embargo, una renuncia a los medios. En lo que aquí interesa, uno de los principales medios será otorgar protagonismo a los grupos sociales para la defensa de sus propios intereses. La juridificación de ese protagonismo se produce mediante el reconocimiento constitucional del llamado pluralismo social (art. 7 CE) que, junto al clásico pluralismo político (art. 6 CE), constituyen las bases estructurales sobre las que se asientan los modernos regímenes democráticos<sup>26</sup>.

### **2.2.1.- La proyección de la cláusula del Estado Social sobre la parte dogmática de la CE como**

---

Derecho". Sólo de este modo podrá corregirse la tendencia a caer en la tentación, tan frecuente por otra parte en sectores iusprivatistas, de efectuar "inversiones hermenéuticas" (como hemos visto, una de las más comunes y significativas es la utilización del Código civil, ley importante, pero ordinaria, como referente interpretativo del texto constitucional).

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Justicia constitucional y relaciones laborales", TL 19-20/90; p. 12-13. Para este autor, "no cabe duda que la existencia de estos valores y principios suponen para el derecho algo más que principios rectores, antes bien establecen una serie de valores que aseguran una base firme, incluso ideológica, a la función de tutela del trabajo que tradicionalmente ha venido cumpliendo la disciplina".

<sup>26</sup> Sobre el tema, v. RIVERO LAMAS: "Democracia pluralista y autonomía sindical" en Estudios en memoria del profesor G. Bayón Chacón, TECNOS-MADRID, 1980; p. 188 ss.

## **fundamento directo de la autonomía colectiva.**

La configuración del Estado español como "social y democrático de Derecho" no constituye una mera declaración retórica<sup>27</sup>. Antes al contrario, se constata con claridad que el reconocimiento de efectos jurídicos directos de la cláusula del Estado Social es, hoy día, un lugar común en la doctrina científica<sup>28</sup> y en la jurisprudencia<sup>29</sup>. Tanto en el texto constitucional como en el resto del ordenamiento jurídico, nos encontramos con manifestaciones significativas de la impronta dejada por dicha cláusula. El Derecho del Trabajo, como disciplina jurídica autónoma, encuentra en ella, precisamente, su fundamento "genético". De este modo, tanto en su vertiente colectiva como en la individual, el Derecho del Trabajo representa una de las principales consecuencias de la proyección sobre el ordenamiento jurídico positivo de los valores y principios que la realización del Estado Social conlleva de forma inexorable<sup>30</sup>.

Estos principios y valores superiores, aunque impregnan todo el texto constitucional (lo que constituye la primera manifestación de la aludida proyección), se encuentran formulados en la llamada parte dogmática de la CE<sup>31</sup>. De forma

---

<sup>27</sup> No lo ha sido ni para la doctrina científica (v., entre otros, PAREJO ALFONSO, op. cit., *passim*.; GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., *passim*.), ni para el TC (como concluye PÉREZ ROYO, "La doctrina del TC sobre el Estado Social", REDC-10/84; p. 180).

<sup>28</sup> En este sentido, de forma explícita, PAREJO ALFONSO (op. cit., p. 40), quien no duda de la inmediata aplicabilidad de la mencionada cláusula, a la que califica de "principio constitucional operativo".

<sup>29</sup> V., entre otras, las SSTC de 13/02/81, 14/06/81, 16/03/81 y STC 18/04/81.

<sup>30</sup> En concreto, el carácter compensador o equilibrador del Derecho del Trabajo como definidor de esta rama jurídica será una consecuencia directamente anudada a la mencionada cláusula (Así, entre otros, MARTÍN VALVERDE, "La Constitución como fuente..." cit., p. 56-57).

<sup>31</sup> De esta forma, el llamado "modelo económico-social" de la Constitución, plasmado fundamentalmente en el Título I de la CE, no es más que un desarrollo de este "orden material de valores" ubicado en el Título Preliminar (así, PAREJO

destacada, como no podría ser de otra manera, aparecen en el Título Preliminar. En concreto, serán el principio de igualdad material (art. 1.1 y 9.2 CE)<sup>32</sup> y el de pluralismo social (art. 7 CE)<sup>33</sup> los que vamos a tener en cuenta, pues en ellos, como veremos, se encuentra el fundamento directo de la incorporación de la autonomía colectiva, como poder social jurificado, al ordenamiento jurídico.

Como fundamento del ordenamiento jurídico, la cláusula del Estado social, por su parte, va a encontrar en el Derecho del Trabajo su expresión más acabada<sup>34</sup>, pues es precisamente en esta rama, donde se plasman más nítidamente los valores que lo definen, siendo, en consecuencia, un soporte instrumental para la realización de sus fines<sup>35</sup>. La llamada "constitucionalización"<sup>36</sup> del Derecho del Trabajo no es otra cosa que la proyección inmediata de la impronta de la mencionada cláusula en el propio texto constitucional<sup>37</sup>.

---

ALFONSO, op. cit., p. 70).

<sup>32</sup> Sobre la conexión entre la cláusula de Estado Social y el principio de igualdad material, v. ALARCÓN CARACUEL, "Estado Social y Derecho del Trabajo", en Constitución y Derecho del Trabajo (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), MP-MADRID, 1992; p. 13.

<sup>33</sup> Destacando los rasgos que revelan la correspondencia entre el principio de Estado social con los de igualdad y pluralismo social, v. PAREJO ALFONSO (op. cit., p. 65 y 68, respectivamente).

<sup>34</sup> En este sentido, DEL REY GUANTER, "La aplicación de los valores superiores de la Constitución en el Derecho del Trabajo", RL-6/88, p. 367 y 370.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El trabajo en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 17 ss. ALARCÓN CARACUEL: "Estado Social...cit., p. 11.

<sup>36</sup> V., en relación con la experiencia española, G. LYON-CAEN, "La constitucionalización del Derecho del Trabajo", Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 31 ss. Sobre el significado de la expresión, v. JEAMMAUD, "Le droit constitutionnel dans les relations du travail", AJDA-91; p. 612 ss. Para este autor "el término mismo evoca la idea de evolución", que se concreta en una "toma de conciencia de ciertas de sus exigencias, que entrañan una ampliación de los recursos de la argumentación jurídica" (p. 612-613).

<sup>37</sup> V. KAHN-FREUND: "L'incidenza delle costituzioni sul diritto del lavoro", GDLRI-1/79; p. 77 ss.; GAROFALO/SCIARRA: "L'influenza dei valori costituzionali sul diritto del lavoro", GDLRI-24/84; p. 819 ss.

### 2.2.1.1.- El principio de igualdad material.

Entre los valores superiores, el de igualdad ha sido objeto de una atención preeminente por parte de la doctrina constitucionalista. De este modo, como pone de manifiesto una consolidada línea jurisprudencial del TC<sup>38</sup>, de la enunciación del principio de igualdad material en el artículo 9.2 de la CE pueden extraerse importantes consecuencias, fundamentalmente en lo que se refiere a las claves ordenadoras de nuestro sistema jurídico-político<sup>39</sup>. Por un lado, dicho enunciado contiene un mandato claro y preciso en aras de la realización efectiva del mencionado principio, cuyos destinatarios son los poderes públicos. Son éstos, por tanto, los obligados a establecer las condiciones necesarias para el logro de la igualdad y libertad de los grupos e individuos. Por otro lado, esta igualdad no se corresponde con la clásica formulación contenida en las constituciones liberales: no se trata de igualdad "ante la ley" o igualdad formal (art. 14.1 CE), sino de igualdad "real y efectiva", es decir, material o "sustancial"<sup>40</sup>. Por tanto, es obvio el mayor relieve que debe ostentar la actuación de los poderes públicos, apartándose claramente del modelo liberal, ya que significa la implicación de aquellos en la realización del fin perseguido<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Una prueba de la preeminencia del valor igualdad para el Derecho del Trabajo es el hecho de haber centrado la mayoría de las sentencias del TC en material laboral (v., sobre el tema, el repaso jurisprudencial efectuado por DEL REY GUANTER, "La aplicación...cit, p. 369).

<sup>39</sup> Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ("El principio de igualdad...", cit., p. 383), la igualdad se erige en una "supernorma", a modo de "presupuesto justificativo del orden jurídico".

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, "El principio de igualdad...", cit., p. 9.

<sup>41</sup> Sobre el significado y alcance de la formulación constitucional del principio de igualdad material o sustancial hay opiniones diversas. Sin embargo, la mayoría de ellas consideran que en el art. 9.2 de la CE se deduce un mandato claro y terminante a los poderes públicos para el logro de esta finalidad. Por otra parte, de la formulación del principio de igualdad material se deduce que no se trata sólo de un fin o valor abstracto a perseguir y, en cuyo logro haya que prescindir de los medios.

Pero más allá del plus de intervención que introduce el precepto, lo verdaderamente trascendente del mismo es el presupuesto (legitimador, a la postre, de dicha intervención) del que parte: el reconocimiento de las desigualdades sociales. En efecto, a diferencia de lo que constituía el punto de partida de las constituciones liberales, se parte ahora de la base de que la sociedad no es homogénea. Por el contrario, en ella existen desigualdades de partida que hacen ilusoria la pretensión de conseguir una sociedad justa con el mero reconocimiento de la libertad e igualdad formal. Más allá de la ficción liberal-burguesa, es necesario dar relevancia a éste dato fáctico esencial como paso previo y obligado para afrontar su corrección. En la sociedad existen intereses enfrentados y en conflicto que deben ser tenidos en cuenta, primero, y encauzados, después por el Derecho. Siendo el ámbito de las relaciones laborales donde de manera más acusada se ponen de manifiesto tanto estas desigualdades de partida, como el conflicto consecuente, la intervención correctora del legislador ha tenido, como primer objetivo, nivelar la posición jurídica del contratante débil. Resultado de ello, ha sido la conformación de un importante conjunto de medidas destinadas a limitar el poder del empresario en la fijación de las condiciones de trabajo. Nace así el llamado Derecho individual del Trabajo como conjunto de medidas legales directamente destinadas a la realización del principio de igualdad material.

Sin embargo, con ser importante<sup>42</sup>, no es ésta la única consecuencia que se extrae del reconocimiento constitucional del mencionado principio. Desde otra perspectiva, la relevancia del dato fáctico, una vez superada la ficción

---

<sup>42</sup> No hay que olvidar que supuso la ruptura de la estructura institucional sobre la que se asentada el sistema jurídico liberal. El contrato, basado en la "intocable" igualdad (formal) de las partes quedaba desvirtuado como eje de la ordenación de esta parcela de la realidad social.

iusliberalista, hace ineludible constatar la existencia de individuos que, al margen de la intervención legal, se agrupan para contrarrestar las desigualdades de las que parten. Las relaciones sociales son relaciones de poder, cuyos protagonistas son grupos con intereses diversos y, por tanto, en conflicto. Será, de nuevo, en el ámbito de las relaciones laborales donde este hecho se ponga de manifiesto de forma más evidente. La constatación práctica de la idoneidad de los medios autocompositivos para la solución de los conflictos sociolaborales, no podía ser obviada por el Derecho<sup>43</sup>. Antes al contrario, había que incorporar estos mecanismos al ordenamiento y dar relevancia a su virtualidad para encauzar los conflictos laborales<sup>44</sup>, que no eran otra cosa que una manifestación específica del conflicto social inmanente al Derecho. De esta forma, con la integración de estas relaciones de poder en el ordenamiento jurídico, aquéllas quedan funcionalizadas al cumplimiento de los fines generales del mismo<sup>45</sup>.

Como quiera que ello presupone una valoración positiva del conflicto social, queda legitimada una eventual intervención del Derecho en apoyo al funcionamiento de estos mecanismos autocompositivos. Al tratarse de relaciones entre poderes contrapuestos, la potencialidad compositiva de estos mecanismos tiene como presupuesto la existencia de un

---

<sup>43</sup> Precisamente, ésta ha sido su principal misión y, en última instancia, su propia razón de ser. Para ello ha contado con un valioso instrumento: la ley. Pero la complejidad de las sociedades modernas han puesto en entredicho la idoneidad de la ley, en definitiva, del uso del poder político, para el cumplimiento de los fines del Derecho, sin que ello suponga menospreciar su privilegiado papel al respecto. Es obvio que el logro de la igualdad material sigue teniendo en la ley uno de sus principales baluartes. El Derecho del Trabajo, en su vertiente individual, es una buena muestra de ello. Pero no hay que desdeñar otros medios más útiles y con mayor potencialidad encauzadora del conflicto social.

<sup>44</sup> En este sentido, es significativa la conexión que, entre derecho del huelga y Estado Social, se efectúa en la STC 11/81, de 8 de abril (f.j. 9º).

<sup>45</sup> De este modo, la incorporación de la negociación colectiva al sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, deviene, en última instancia, uno de los principales modos de lograr la igualdad material (en este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, "El modelo...cit., p. 25).



equilibrio entre los sujetos colectivos. Partiendo de la base de que el desequilibrio se produce por un déficit de poder en la parte trabajadora, la intervención estatal tendrá como objetivo sostener o apoyar dicho poder. Esta intervención se concretará en una serie de normas que formarán parte del llamado Derecho colectivo del Trabajo. Teniendo por objeto el despliegue de una actividad correctora o reequilibradora, aquella intervención positiva del legislador se encontrará amparada, por otra parte, por el principio de igualdad material formulado en el art. 9.2 CE, donde, indistintamente, se mencionan los "individuos" y los "grupos", como destinatarios de la misma<sup>46</sup>.

En conclusión, el art. 9.2 CE no sólo es una clara manifestación del reconocimiento constitucional del principio de igualdad material en el ámbito de las relaciones laborales, sino también de los medios a través de los cuales se puede lograr su realización. Del mencionado precepto se pueden deducir que tal finalidad se pueden conseguir de dos formas, que no son entre sí alternativas o excluyentes, sino complementarias. Por un lado, mediante la intervención directa de la ley sobre las relaciones individuales de trabajo, reequilibrando la posición originaria del trabajador singular, materialmente desigual. Por otra parte, esta función reequilibradora puede ser desempeñada por los propios interesados organizados en grupos que, determinando imperativamente las condiciones contractuales de la relación laboral, pueden sustituir el papel de la ley al respecto. Siendo este instrumento más idóneo para el cumplimiento de los fines del Derecho, en la organización del ordenamiento jurídico se opta por relegar a la ley a un nivel de apoyo

---

<sup>46</sup> La legitimidad de la intervención correctora del legislador está fuera de toda duda. Ello caracteriza esencialmente al Derecho del Trabajo como "ordenamiento compensador o equilibrador", es decir, funcionalizado a la realización del principio de igualdad material (en este sentido, ALARCÓN CARACUEL, "Estado Social...cit., p. 12).

eventual a este medio<sup>47</sup>. El papel de la ley seguirá siendo reequilibrador o compensador, pero ahora el destinatario del apoyo legal no es el sujeto individual, sino el colectivo. Las eventuales correcciones en las que se concrete la intervención legal estarán dirigidas, fundamentalmente, al mantenimiento de una efectiva contraposición de poderes, para lo cual deberán estar, también, en una situación de igualdad material.

De este modo, tanto en su vertiente individual, protegiendo al contatante débil en la relación de trabajo, como en su vertiente colectiva, tutelando la posición jurídica del sujeto colectivo, se pone de manifiesto que la función equilibradora constituye el elemento definidor de la esencia del Derecho del Trabajo<sup>48</sup>. Por ello, y precisamente ahora, para su continuidad en el desarrollo de esa función histórica necesita, más que nunca, las sólidas bases estructurales que proporcionan los principios y valores constitucionales<sup>49</sup>.

#### 2.2.1.2.- El principio de pluralismo social.

La capacidad de los grupos sociales de autocomponer sus propios intereses contrapuestos, una vez

---

<sup>47</sup> De este modo, el apoyo legal a la efectividad de la autonomía colectiva encuentra su fundamento directo en el sistema de valores, que conlleva la obligación del Estado de "emplear de forma teleológicamente predeterminada su poder público de regulación" (PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 33).

<sup>48</sup> De este modo, como se ha apuntado, el Derecho del Trabajo, en cuanto ordenamiento esencialmente compensador de las desigualdades, constituye el principal instrumento del Estado Social (MARTÍN VALVERDE, "La Constitución...cit., p. 57; asimismo, ALARCÓN CARACUEL, "Estado Social...cit., p. 13).

<sup>49</sup> Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Justicia constitucional...cit., p. 10: "en la actualidad la puesta en duda de la esencia misma del Derecho del Trabajo y de su función protectora, por tendencias neoliberales de desreglamentación o flexibilización de la normativa laboral supone que hoy la base constitucional del Derecho del Trabajo tenga una función eminente de defensa de lo adquirido, de aseguramiento de los objetivos sociales que están en la base de la disciplina".

constatada su utilidad en la práctica, no podría quedar sin refrendo jurídico. Como presupuesto indispensable, sin embargo, es necesario el reconocimiento por el Derecho, tanto de las relaciones de poder presentes en la sociedad como de sus propios protagonistas. Ello significa, en consecuencia, dar relevancia jurídica al conflicto inmanente a las mismas, lo que se traduce en el llamado pluralismo social que no es otra cosa que el reconocimiento del protagonismo de los grupos sociales organizados y, señaladamente, de los sindicatos y asociaciones empresariales<sup>50</sup>.

Nuestra Constitución, haciéndose eco de las transformaciones sufridas en el constitucionalismo moderno, cuya culminación viene representada por la configuración del Estado Social, ha recogido en su seno dicho reconocimiento<sup>51</sup>. Ello ha supuesto, fundamentalmente, la instauración del principio de igualdad material y el de pluralismo social como ejes básicos del sistema jurídico-político. Ambos principios son complementarios entre sí<sup>52</sup> y suponen, desde el punto de vista estructural, la consagración constitucional del poder colectivo en que consiste la autonomía colectiva<sup>53</sup>. Si el primero, desde un plano objetivo, traía consigo el reconocimiento de las relaciones de poder inmanentes al

---

<sup>50</sup> De ahí que, para MARTIN VALVERDE ("La Constitución..." cit., p. 68), este principio constituya una de las "bases constitucionales del Derecho del Trabajo español", junto a al economía de mercado y la tutela o protección del trabajo. En general, sobre el tema v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Un modelo democrático de relaciones laborales", en Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo, cit., p. 9 ss.; PALOMEQUE LÓPEZ, "El Sindicato como sujeto político" en Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, TECNOS-MADRID, 1980, p. 559 ss. (esp., p. 565-566) y doctrina que cita.

<sup>51</sup> Sobre las repercusiones de este hecho, v. DURÁN LÓPEZ, "El papel del sindicato..." cit., p. 161.

<sup>52</sup> En efecto, ambos confluyen y se hacen efectivos en la participación (social y política) que, en una "sociedad democrática avanzada", no constituye "un mero instrumento, sino una finalidad directamente perseguida" (RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El principio de igualdad..." cit., p. 411).

<sup>53</sup> Sobre el carácter del pluralismo social como principio organizativo, v. PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 68.

entramado social<sup>54</sup>, fruto del enfrentamiento dialéctico entre los diversos grupos sociales<sup>55</sup>, el reconocimiento constitucional del pluralismo social va a suponer, desde un plano subjetivo, la institucionalización jurídico-política de los protagonistas de aquellas relaciones<sup>56</sup>. Sólo desde ambos presupuestos es posible encarar con éxito la lucha por la búsqueda de la igualdad sustancial en nuestra sociedad<sup>57</sup>.

Aparte de la valoración de fondo que merezca tal reconocimiento, es obvio que, desde una perspectiva estrictamente formal, hay que destacar el privilegiado lugar donde se lleva a cabo tal hecho. En efecto, el artículo 7 CE, ubicado en el mismo Título Preliminar, ocupa una posición estratégica de primer orden<sup>58</sup>, que hace entablar un evidente paralelismo valorativo entre el pluralismo social y el

---

<sup>54</sup> Como veremos posteriormente, este dato va a tener profundas repercusiones en la articulación constitucional de los elementos estructurales de la autonomía colectiva, puesto que significa que "la Constitución ha abandonado la concepción, propia del Estado liberal de Derecho, de los derechos fundamentales como posiciones jurídicas individuales formalmente iguales, sin conexión alguna con la situación social real de poder o no de los titulares" (PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 56).

<sup>55</sup> Para BASILE ("Los <valores superiores>, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático, CIVITAS-MADRID, 1981; p. 277), la alusión del art. 9.2 CE a los "grupos en que se integra el individuo", supone una muestra evidente de la recepción constitucional de "ideologías pluralistas-organicistas".

<sup>56</sup> En efecto, si en el art. 9.2 CE se efectúa un reconocimiento genérico del protagonismo de los grupos sociales, en el art. 7 CE se concreta quiénes, de entre esos grupos detentadores de poder social, van a ver trasladados su protagonismo a la esfera de la organización jurídico-política de la sociedad. De ahí la diferencia entre los sindicatos y las asociaciones empresariales, por una parte, y el resto de los grupos sociales. Desde este punto de vista, como veremos, el art. 7 CE se erige en el "soporte constitucional de la negociación colectiva" (VALDÉS DAL-RÉ, "La negociación colectiva en la Constitución", cit., p. 473).

<sup>57</sup> Esta constatación partía del dato cierto de la insuficiencia de las instituciones de la democracia política para lograr, por sí mismas, dicho resultado (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La negociación colectiva", cit., p. 110). Por ello, los medios de acción colectiva, tales como la huelga, constituyen instrumentos esenciales en la realización de la igualdad sustancial (STC 11/81, de 8 de abril), ya que contribuyen de forma decisiva a la consolidación del poder de los sujetos sociales (MARTÍN VALVERDE, "Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos", en El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca, 1976), IRL-U. ZARAGOZA, 1977; p. 84).

<sup>58</sup> VALDÉS DAL-RÉ: "Aspectos constitucionales de la democracia sindical", cit., p. 32. Una crónica sobre el debate parlamentario en torno al mencionado artículo, en MONTOYA MELGAR, "Los sindicatos...", p. 180 ss.

pluralismo político<sup>59</sup>, reconocido en el artículo inmediatamente anterior. De esta manera, no es en absoluto infundado asignar al protagonismo de los sujetos sociales un rango parangonable al de los partidos políticos<sup>60</sup>, si bien, con los límites que se derivan de su propia función<sup>61</sup>.

Sin perjuicio de que se asuman o no todas las consecuencias que se deducen de tal afirmación, lo cierto es que al sindicato (y, en menor medida, a las asociaciones empresariales) se le van a atribuir funciones cuasi-públicas<sup>62</sup> que van a poner en entredicho su calificación doctrinal como asociaciones privadas<sup>63</sup>.

En todo caso, la relevancia institucional o pública<sup>64</sup> del sindicato no tiene que comportar necesariamente su incorporación a las estructuras del Estado. Ello significaría reproducir de nuevo viejas experiencias históricas que, por incompatibles con un sistema democrático, han sido expresamente descartadas por el constituyente. Pero la alternativa que se propone como solución radical, su configuración como sujeto privado, cuyo objetivo es, a su vez

---

<sup>59</sup> Así, PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 77. Entre la doctrina iuslaboralista esta opinión es generalmente compartida. De forma explícita, v., por todos, MARTÍN VALVERDE: "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", REDT-33/88; p. 55 y ss. (p. 65).

<sup>60</sup> V. ut supra, Cap. II.2.3.1, lo expuesto acerca de la relación entre los principios de soberanía y de autonomía colectiva.

<sup>61</sup> RAVERAIRA, op. cit., p. 100 (n. 14).

<sup>62</sup> V., en este sentido, MONTALVO CORREA: "El derecho de libre sindicación...cit., p. 334.; RIVERO LAMAS: "Democracia pluralista y autonomía sindical", cit., p. 186.

<sup>63</sup> Indiscutiblemente, el fenómeno sindical trasciende con mucho su calificación como mera manifestación de asociacionismo privado. Aunque sólo sea por su papel histórico en la evolución de las estructuras sociales, económicas y políticas, la función del sindicalismo sobrepasa con creces el mero juego de intereses privados en el que se mueve el asociacionismo. La confusión quizás provenga de mezclar el plano organizativo y el plano funcional: su organización de base asociacionista no prejuzga el alcance de sus funciones.

<sup>64</sup> RAVERAIRA, op. cit., p. 54.

la defensa de intereses privados, aunque comprensible (en tanto que significa una reacción a aquellos modelos), tampoco da una respuesta satisfactoria a la realidad social del sindicato, ni es comprensiva de su compleja funcionalidad jurídico-política. Y es que el debate en torno a la configuración subjetiva, planteado en estos términos, deviene irremisiblemente estéril. La relevancia del sindicato, en tanto que sujeto detentador de un efectivo poder social, supera el planteamiento de la cuestión en términos de alternatividad entre lo público y lo privado<sup>65</sup>, y se enlaza con la problemática, más amplia, de la juridificación de ese poder, es decir, con la caracterización del papel de la autonomía colectiva en el ordenamiento jurídico.

En efecto, del mismo modo que la conceptualización teórica de la autonomía colectiva superaba los estrechos moldes analíticos resultantes de la mencionada dicotomía<sup>66</sup>, el sindicato, como titular del poder en que consiste la autonomía colectiva, no puede ser contemplado en esos términos. Al responder al clásico esquema del Estado liberal, la dicotomía derecho público/derecho privado es una traslación a nivel conceptual de las bases estructurales sobre la que se levantaba la organización jurídico-política en el constitucionalismo liberal: la dicotomía Estado/individuo. Este planteamiento, al estar basado en un rígida separación entre Sociedad y Estado<sup>67</sup> ha sido claramente superado por la evolución del constitucionalismo

---

<sup>65</sup> En este sentido, RIVERO LAMAS: "Democracia pluralista...cit., p. 186.

<sup>66</sup> Como hemos visto (v. ut supra, Cap. II.3.3.1), la autonomía colectiva no es una specie dentro del genus "autonomía privada"; tampoco se puede catalogar como una autonomía publicitada, es decir, inserta en las estructuras insitucionales del Estado. Se trata de una categoría jurídica que, conectada directamente con la evolución del constitucionalismo moderno, es fruto de las transformaciones que para la Teoría del Derecho y el Estado ha supuesto la introducción de la cláusula del Estado Social.

<sup>67</sup> Para OLIVAS ("Problemas de legitimación en el Estado Social", en Idem, TROTTA-MADRID, 1991; p. 11 ss.) esta separación constituye una manifestación más de la "quimera liberal" (p. 27).

moderno<sup>68</sup>, cuya culminación ha sido la configuración del Estado como Estado Social<sup>69</sup>, entendiendo el término Estado como omnicomprensivo del Estado-comunidad y el Estado-aparato.

El cumplimiento de las funciones que, en la organización global del sistema jurídico, se le encomienda al sindicato no se traduce necesariamente en su publicación<sup>70</sup>. Su participación en la realización de los fines encarnados por los valores superiores, en concreto, por el valor igualdad<sup>71</sup>, no tiene como presupuesto su incardinación dentro de las estructuras institucionales del Estado. Su lugar está en la Sociedad, pero ello no es óbice para el desempeño de una función relevante para el Derecho que, al mismo tiempo, no quede circunscrita al ámbito del "derecho de los privados"<sup>72</sup>. Independientemente de otras funciones que pueda desarrollar, el poder de ordenación

---

<sup>68</sup> Sobre el significado de la ruptura de la dualidad Estado/individuo como superación del dogma tradicional del Estado liberal de Derecho, v. PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 34. Para este autor, la progresiva imbricación entre la Sociedad y el Estado, así como la degradación de la credibilidad de las estructuras estatales, contribuyeron al incremento de los niveles de participación de la sociedad. De esta forma, se lograba un plus de democracia que corregía la patente deslegitimación en que incurrían los sistemas políticos de las democracias liberales (v. MACPHERSON, La democracia liberal y su época, ALIANZA-MADRID, 1987). En definitiva, como señala DURÁN LÓPEZ ("El papel del sindicato en el nuevo sistema constitucional", RPS-121/79; p. 160), se hace necesario "la admisión e incentivación de esos mecanismos y canales de expresión de la sociedad civil frente a la sociedad política", ya que, "en las condiciones sociales de las modernas sociedades industrializadas, sólo una defensa e incentivación del pluralismo garantiza la conservación y la profundización de la democracia".

<sup>69</sup> En este sentido, DEL REY GUANTER, "La aplicación...", cit., p. 382, que trae a colación la doctrina sentada al respecto por la importante sentencia 18/84, de 7 de febrero). No hay que olvidar que, como señala OLIVAS (art. cit., p. 27), "en el Estado social, la confusión entre civil society y Estado es un supuesto consolidado" (en el mismo sentido, PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 76). En definitiva, la difuminación de la dicotomía Estado/Sociedad y Derecho Público/Derecho Privado, consituyendo uno de los principales efectos de la cláusula de Estado Social, encuentra su fundamento último en la evolución del capitalismo contemporáneo (MARTÍN VALVERDE, "Huelga laboral...cit., p. 80).

<sup>70</sup> En este sentido, v. STC 18/84, de 7 de febrero.

<sup>71</sup> Lo que erige al sindicato en portador de "intereses más globales" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...", cit., p. 352.

<sup>72</sup> Que siempre es, en definitiva, derecho legal (v. ut supra, Cap. II.3.3.1).

jurídica de las relaciones laborales mediante la negociación colectiva es, como hemos visto, representativo de la estrechez de los moldes analíticos del Derecho privado.

El sindicato, como cauce privilegiado de expresión de la sociedad civil<sup>73</sup>, tiene como misión la defensa de un interés específico que no puede ser catalogado como privado<sup>74</sup>. En la medida en que la tutela de ese interés conlleva la realización del principio de igualdad material<sup>75</sup>, el papel del sindicato viene definido por su función coadyuvante en el cumplimiento de los fines generales del ordenamiento jurídico. Por tanto, la caracterización del interés tutelado no se efectúa tanto por su contenido como por la función misma que esa tutela desempeña en el cumplimiento de uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico, lo que, a la postre, determina su propia posición en la estructura del sistema jurídico. El análisis del reconocimiento constitucional de la libertad sindical pondrá de relieve, como veremos posteriormente, las claves que determinan dicha posición. Ahora, lo que interesa destacar son las consecuencias que el reconocimiento de esa subjetividad social tiene para la estructura del sistema jurídico.

En este sentido, cabe apreciar cómo la interacción entre Estado y Sociedad<sup>76</sup>, característica del Estado Social, afecta

---

<sup>73</sup> DURÁN LÓPEZ: "El papel del sindicato...cit. p. 159; PALOMEQUE LÓPEZ: "El Sindicato como sujeto político", cit., p. 559.

<sup>74</sup> Sobre la difícil catalogación del interés tutelado por el sindicato (ex art. 7 y 28.2 CE), v. PALOMEQUE, "El Sindicato...cit., p. 564.

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, "El principio de igualdad...", p. 404.

<sup>76</sup> Esta interacción, de la que "el art. 7 CE constituye una de las más significativas manifestaciones" (VALDES DAL-RÉ, "Aspectos consitucionales...", cit., p. 33), provoca tanto la estatización de la sociedad como la socialización del Estado (v. DE VEGA GARCÍA: "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", en Derecho y economía en el Estado Social, cit., p. 123 ss.).



también al plano organizativo<sup>77</sup>. La integración en el sistema jurídico-político de aquella subjetividad social desborda la capacidad explicativas de las construcciones teóricas clásicas<sup>78</sup>. La bipolarización Estado/individuo, base de estas construcciones, presuponían una hegemonía del Estado y, por ende, de la ley, en la consecución de los fines generales del ordenamiento<sup>79</sup>. Si, como hemos visto, el pluralismo social significa la participación de los grupos sociales organizados en la realización de esos fines, es obvia la pérdida de la mencionada hegemonía estatal<sup>80</sup>, proceso que discurre paralelo a la propia crisis de la ley como expresión de la voluntad general<sup>81</sup>. Entre el Estado y el individuo se erige una nueva instancia ordenadora que, como tal representa un poder al que necesariamente se le debe respetar una esfera de actuación

---

<sup>77</sup> En este sentido, es particularmente relevante la STC 18/1984, de 7 de febrero. Un comentario crítico a su doctrina en, APARICIO PÉREZ, "El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Estudios sobre el Estado Social, cit., p. 59-60).

<sup>78</sup> Como señala BARCELONA ("Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social", en Problemas de legitimación... cit., p. 29), ello se debe a que la cláusula del Estado social lleva consigo la introducción, junto a la llamada ciudadanía política y ciudadanía civil, propias del Estado liberal, de una nueva categoría: la ciudadanía social.

<sup>79</sup> Es más, ante la ausencia de puntos de referencia, pues la propia ley era la que corporeizaba el interés general, del cual era inequívoca e indiscutible expresión, la ley se convertía en un fin en sí misma. Una de las principales virtudes del Estado Social ha sido, precisamente, la separación entre los fines y los medios y, en consecuencia, la consideración de la ley como un instrumento (no el único) con que cuenta el ordenamiento para la realización de sus fines. En definitiva, el Estado Social, caracterizado por sus fines (PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 34), ha supuesto la sustitución de la "nomocracia" por la "telocracia" (SAGARDOY: "Política..." en Estudios Bayón Chacón, p. 306). Desde este punto de vista, la exclusividad de la ley en el logro de los fines desaparece, convirtiéndose en un medio más a tal efecto. La existencia de otros medios más idóneos, por demostrar una mayor potencialidad ordenadora en determinadas parcelas sociales, no pasa desapercibida para el Estado social: antes al contrario, acaba incorporando dicho medio a su sistema jurídico, quedando, así funcionalizado al cumplimiento de sus fines. Esto es lo que ocurre con la negociación colectiva en el ámbito de las relaciones laborales. Trasladándonos a un plano de análisis más teórico, se aprecia que la mencionada pérdida de exclusividad de la ley proviene de una paralela pérdida de hegemonía del principio de soberanía en el terreno de la fundamentación del poder normativo. Junto a él, que en democracia es inescindible del principio de pluralismo político, se erige la autonomía colectiva como expresión, a su vez, del pluralismo social (v. ut supra). Ambos se complementan en el proyecto de perfeccionamiento democrático que representa el Estado Social.

<sup>80</sup> En este sentido se pronuncia la STC 18/84, de 7 de febrero (f.j. 3°).

<sup>81</sup> Así, SALA/RAMÍREZ/ALBIOL/CAMPS: "Constitucionalización del Derecho del Trabajo", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 212.

o despliegue. Su plena efectividad, por tanto, va a suponer la correspondiente limitación del poder estatal, por un lado, y de la autonomía individual, por otro, lo que se va a traducir en una considerable restricción del papel de la ley.

La valoración positiva de la autonomía colectiva<sup>82</sup> como medio para la realización de los fines constitucionalmente proclamados (valores superiores), implica, necesariamente, la configuración de un espacio de actuación propio, donde desarrollar toda su potencialidad ordenadora<sup>83</sup>. Como se desprendía del análisis realizado en sede de teoría general, la culminación del proceso de juridificación de la autonomía colectiva venía dada por su incorporación a la estructura del sistema jurídico. En tanto que poder (social) juridificado, su posición en el ordenamiento se define de forma negativa, es decir, mediante su contraposición a otros poderes juridificados, señaladamente, el poder legislativo<sup>84</sup>.

En el ámbito de las relaciones laborales, por tanto, el poder ordenador del Estado se encuentra limitado por un poder

---

<sup>82</sup> Que, en este sentido, representa la traducción del pluralismo social al ámbito de las relaciones de trabajo (MARTIN VALVERDE, "La Constitución...cit., p. 68).

<sup>83</sup> En este sentido, es particularmente ilustrativa la STC 18/84, de 7 de febrero, que, después de declarar que "la función ordenadora de la sociedad puede conseguirse de muy diversas formas, que siempre han de moverse dentro del marco de la Constitución", advierte que "la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado".

<sup>84</sup> Según veíamos, del mismo modo que la composición del conflicto político representaba la síntesis dialéctica de fuerzas políticas de diverso signo ideológico, siendo su cauce de expresión el poder legislativo (de esta forma "concurrir a la formación de la voluntad popular", art. 6 CE), la composición del conflicto social está representada por la autonomía colectiva que, a su vez, como poder colectivo, es expresión de la síntesis de fuerzas sociales contrapuestas. Esto no significa, sin embargo, que ambos poderes estén al mismo nivel. Muestra de ello es que el reconocimiento de este protagonismo de los grupos en el art. 9.2 CE, tiene su contrapunto en la supremacía de la ley que (proclamada en el Preámbulo) se confirma y se precisa en los apartados 1 y 3 del propio art. 9 (en este sentido, BASILE, art. cit., p. 268). El art. 9, en definitiva, se erige como uno de los principales ejes de la estructura organizativa del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico.

competidor, la autonomía colectiva<sup>85</sup>. Tratándose de una relación entre poderes, la importancia relativa de cada uno de ellos se reflejará en el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo, donde la posición de la ley y de la negociación colectiva dependerá de la relación entre uno u otro poder<sup>86</sup>. Las variables que hay que tener en cuenta a la hora de analizar esta relación son de diversa índole; entre ellas, hay que destacar el propio papel desempeñado por la ley en la promoción del fenómeno colectivo<sup>87</sup>. No hay que olvidar que, en todo caso, la autonomía colectiva es una autonomía vinculada, es decir, no significa el reconocimiento de una especie de "liberalismo colectivo"<sup>88</sup>. Precisamente por ello, antes del análisis de su desglose en el texto constitucional, conviene establecer las directrices que rigen dicha vinculación. En definitiva, lo que nos interesa destacar es la influencia que, en la posición relativa de la autonomía colectiva, desempeña una eventual alteración en el equilibrio del sistema de valores.

### 2.2.2.- La dicotomía Estado Social/Estado de Derecho<sup>89</sup> y sus repercusiones sobre la configuración constitucional de la autonomía colectiva.

---

<sup>85</sup> PALOMEQUE, "La negociación...", cit., p. 11 y 13.

<sup>86</sup> Se hace abstracción del papel ordenador de la autonomía individual, ya que, al representar el ámbito de actuación de ambos poderes, legislativo y colectivo, su importancia, más o menos residual, va a depender del espacio dejado por el juego conjunto de aquellos poderes (v. ut supra, Cap. II.3.3).

<sup>87</sup> Sin que ello signifique poner en duda el carácter originario de la fuente colectiva, tal y como se desprende de la nueva distribución de poderes realizada en nuestra Constitución, donde se ha quedado consagrado el pluralismo jurídico (BORRAJO DACRUZ, Introducción al Derecho del Trabajo, TECNOS-MADRID, 1989; p. 232).

<sup>88</sup> MARTIN VALVERDE: "La Constitución como fuente...cit., p. 65 y 68.

<sup>89</sup> Para un análisis detenido sobre el tema, v. PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 73 ss.

Configurada de este modo la autonomía colectiva, es decir, conectada inmediatamente al principio de igualdad material y, en consecuencia, mediatamente, a la cláusula de Estado Social, su posición en el sistema jurídico va a depender directamente de la importancia relativa de dicha cláusula en la organización global de la Sociedad y del Estado<sup>90</sup>. Concebida como un "principio estructural complejo"<sup>91</sup>, hemos visto que dicha cláusula se proyecta sobre el ordenamiento jurídico a través de los principios de igualdad material y pluralismo social<sup>92</sup>, constituyendo ambos expresión del valor igualdad.

Pero el valor igualdad no es el único que compone el que hemos denominado sistema de valores. Junto a él, de forma destacada nos encontramos con el valor libertad<sup>93</sup>. Para gran parte de la doctrina especializada, ambos valores, libertad e igualdad, aparecen contrapuestos y limitados recíprocamente, como resultado a su vez, de la dicotomía Estado Social/Estado de Derecho<sup>94</sup>. En el equilibrio inestable que, según hemos visto, caracterizaba al sistema de valores, la posición ocupada por cada uno de ellos viene directamente

---

<sup>90</sup> Es decir, del Estado en sentido amplio.

<sup>91</sup> PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 51.

<sup>92</sup> Es, en este sentido, un "principio de principios" (PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 60).

<sup>93</sup> Ambos constituyen "la base de todo régimen democrático" (RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El principio de igualdad y las relaciones laborales", RPS-121/79; p. 381).

<sup>94</sup> Un documentado resumen sobre los términos de esta polémica cuestión doctrinal en PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 36 ss. Para este autor, sin embargo, "sólo entendiendo el principio de Estado de Derecho tal y como cristalizó en un determinado momento histórico, es decir, como se elaboró a partir de la ideología liberal-burguesa), cabe hablar realmente de antinomia o antagonismo del mismo con el de Estado social" (p. 76). Entre la doctrina iuslaboralista, comparten esta posición, DEL REY GUANTER, "La aplicación...cit., p. 365.

determinada por la del otro<sup>95</sup>; su relación, no es, por tanto, de jerarquía<sup>96</sup> sino de complementariedad<sup>97</sup>. De esta manera, las oscilaciones que puedan experimentar tiene un reflejo más o menos inmediato, sobre el conjunto del sistema jurídico<sup>98</sup> y, principalmente, sobre su sistema de fuentes<sup>99</sup>. Ello es obvio, ya que éste es el encargado de trasladar a la realidad social, a través de normas jurídicas, la resultante de los equilibrios y reequilibrios que se producen en el sistema de valores.

La preeminencia de un valor sobre otro, así como el

---

<sup>95</sup> Su juego, por ello, se puede describir como un sistema de vasos comunicantes.

<sup>96</sup> DEL REY GUANTER, "La aplicación..." cit., p. 368.

<sup>97</sup> Como concluye PAREJO ALFONSO (op. cit., p. 81), la antítesis entre estos principio es sólo aparente, pues ambos se encuentran su síntesis dialéctica en el valor de la dignidad humana. Destacando el ámbito laboral como especialmente relevante de este carácter complementario y recíprocamente limitativo de la relación entre ambos valores, v. DEL REY GUANTER: "La aplicación...", cit., p. 371.

<sup>98</sup> La primera manifestación de esa proyección se produce en el propio texto constitucional. En este sentido, la configuración del llamado "modelo económico social" como modelo abierto, supone, no la inexistencia de un modelo constitucional concreto. Por el contrario, es indiscutible la instauración de una economía de mercado (RODRÍGUEZ-PINERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 351), lo que ha sido visto como la contrapartida de la constitucionalización del Derecho del Trabajo (ALARCÓN CARACUEL, "Estado social...cit., p. 11), pudiéndose distinguir, en consecuencia, entre una "Constitución económica" y una "Constitución social" (RODRÍGUEZ-PINERO, "Justicia constitucional...cit., p. 12). Más bien consituye un modelo no exhaustivamente predefinido (PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 77), siendo responsabilidad del Estado y de los protagonistas sociales ir llenándolo de contenido, desplazando hacia un lado u otro esa especie de "frontera móvil" existente entre lo social y lo económico (SALA/RAMÍREZ/ALBIOL/CAMPS, "Constitucionalización...cit., p. 213). En general, sobre le tema, v. PALOMEQUE LÓPEZ: Los derechos laborales en la Constitución Española, CEC-MADRID, 1991; MONTALVO CORREA: "Modelo económico y social de la Constitución y relaciones laborales", en Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, IELSS-MADRID, 1985; p. 237 ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "El orden económico y el trabajo en la Constitución", en El trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales, IRL-UNIV. ZARAGOZA, 1982; p. 155 ss.; CASCAJO CASTRO: La tutela constitucional de los derechos sociales, CEC-MADRID, 1988; MANCINI: "Sistema económico y relaciones de trabajo", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 49 ss.; LÓPEZ y LÓPEZ: "Materiales para una exégesis de las normas sobre la actividad económica en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 229 ss.

<sup>99</sup> A pesar de ello no se ponen en cuestión las bases estruturales sobre las que se asienta dicho sistema que, en todo caso, debe permanecer inalteradas. En este sentido hay que destacar que el hecho de que "el Estado social de Derecho" descansa en un sistema de equilibrio, supone "un rechazo tanto de la omnipotencia del legislador (incluso en el campo de la configuración social), como de la desvinculación social del individuo y la autonomía del orden social" (PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 39).

grado de la misma, depende de circunstancias de orden metajurídico, principalmente, culturales, ideológicas, económicas<sup>100</sup>, que, en su conjunto determinan una ordenación social de los fines a realizar<sup>101</sup>. Sin perjuicio de la importancia de este dato, lo que realmente interesa desde el punto de vista jurídico es su repercusión sobre la estructura del sistema jurídico y, en concreto, sobre la posición de la autonomía colectiva en el mismo<sup>102</sup>.

En este sentido, la autonomía colectiva, funcionalmente dirigida a la realización del valor igualdad<sup>103</sup>, supone una concreción de las limitaciones que este proyecta sobre el valor libertad. De este modo, la contraposición que hemos visto entre los dos valores, libertad e igualdad, se refleja en una serie conexas de principios y subprincipios que se limitan recíprocamente en la misma medida que aquéllos. En concreto, es fácilmente advertible que la autonomía colectiva supone una restricción de esferas de libertad individual, principalmente de la libertad del empresario o poder de

---

<sup>100</sup> Un análisis de las mismas en PREUSS: "La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado Social" en Derecho y Economía en el Estado Social, TECNOS-MADRID, 1988; p. 76 ss. En general, sobre el proceso de incorporación de las diferentes manifestaciones del cambio social al sistema jurídico, v. HERNÁNDEZ GIL, La Constitución y su entorno (Obras completas, T. 7), ESPASA-CALPE, MADRID, 1988, p. 35 ss.

<sup>101</sup> Esto es acorde con el endendimiento de una sociedad abierta, inacabada y perfeccionable que se deduce del sistema de valores diseñado en la CE (PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 78; GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 101). En este sentido, es fácilmente apreciable como últimamente la doctrina del TC va matizando considerablemente el "valor preeminente" del principio de igualdad que proclamaba en sus primeros pronunciamientos (STC 8/86, de 21 de enero; destacando esta preeminencia, DEL REY GUANTER, art. cit., p. 369).

<sup>102</sup> No olvidemos que, a la postre, esta posición determinará, a su vez, el lugar ocupado por la negociación colectiva en el sistema de fuentes del derecho. La autonomía colectiva, al configurarse como fundamento del poder normativo de los sujetos sociales, mantiene con la negociación colectiva, como fuente (material) del derecho o cauce de expresión de ese poder, una evidente relación de causa-efecto.

<sup>103</sup> Por ello se configuraba como subprincipio jurídico, v. ut supra.

dirección<sup>104</sup>, en tanto que manifestación concreta del principio de libertad de empresa (art. 38 CE)<sup>105</sup>.

De este modo, cualquier alteración del equilibrio entre los principios de igualdad y libertad tiene una repercusión inmediata en la posición ocupada por la autonomía colectiva, definida, a su vez, de forma negativa, en función de la dimensión de los espacios de libertad individual<sup>106</sup>. Dejando al margen otras implicaciones que suscita la compleja problemática entre autonomía colectiva/autonomía individual, nuestro análisis debe centrarse en la relación dialéctica que se establece entre autonomía colectiva y poder de dirección<sup>107</sup>.

Precisamente esta relación es la que constituye, directa o indirectamente, el punto central del debate doctrinal entablado en la actualidad sobre la determinación del papel de la negociación colectiva en la ordenación de las

---

<sup>104</sup> DEL REY GUANTER, "La aplicación...cit., p. 372. En el mismo sentido, VALDÉS DAL-RE, "Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral", RL-5/93, p. 6 ss; opinión que comparte con ROMÁN DE LA TORRE, Poder de dirección y contrato de trabajo, VALLADOLID, 1992. De este modo, todos los derechos constitucionales en que, como veremos, se desglosa la autonomía colectiva, suponen directamente limitaciones a ese poder o libertad del empresario. Así, en relación con la huelga, v. CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga y Constitución ¿nuevas perspectivas?", RL-7/94; p. 6.

<sup>105</sup> Que, a su vez, funcionaría como un subprincipio jurídico derivado del genérico principio de libertad, siendo "la clave de la regulación constitucional de las relaciones económicas" (MARTÍN VALVERDE: "La Constitución como fuente..." cit., p. 62). De este modo, el principio de libertad de empresa se desglosaría en dos vertientes: una, externa, consistente en la libertad de acceso al mercado o de fundar empresas, y otra, interna, referida al libre ejercicio de actividades empresariales. Esta última sería el fundamento del poder de dirección, cuyo contenido es "un haz o conjunto de facultades que definen la posición del empresario en las relaciones laborales" y, como tal "concepto de síntesis", "forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa" (MARTÍN VALVERDE: "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia...cit., p. 141-144).

<sup>106</sup> En este sentido, DEL REY GUANTER, "Los valores superiores...", cit., p. 375). En general, como señala ALARCÓN CARACUEL ("Estado Social...cit., p. 11) el propio Derecho del Trabajo tiene como presupuesto el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa (art. 38 CE).

<sup>107</sup> MARTÍN VALVERDE, "La Constitución como fuente...", cit., p. 62. Es evidente que, aparte de la autonomía colectiva, constituyen un límite infranqueable para el poder de dirección todo el conjunto de derechos fundamentales y profesionales de los trabajadores (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit., p. 144).

relaciones laborales. Así el llamado debate sobre la flexibilidad<sup>108</sup> no es más que un eufemismo, cuyo verdadero trasfondo no es otro que la determinación de los ámbitos de actuación de cada poder en dicha ordenación<sup>109</sup>. En definitiva, es evidente que cuando se habla de flexibilidad en las relaciones laborales, se está aludiendo a una flexibilidad en las fuentes de ordenación de las mismas<sup>110</sup>. Ello está provocado por el reajuste de los equilibrios tradicionales entre los diversos poderes que confluyen en dicha ordenación<sup>111</sup>, cuyo alcance exacto está aún por determinar<sup>112</sup>, pero que, necesariamente, debe someterse a los

---

<sup>108</sup> Concepto, por lo demás, bastante ambiguo. Como ha puesto de relieve JAVILLIER ("Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales", DS-1/86; p. 56 ss.), a pesar de que haya sido utilizado en todos los países, "su significación difiere profundamente según los órdenes jurídicos y los sistemas de relaciones profesionales" (p. 56). La literatura jurídica en torno a la flexibilidad es abundante. A título ilustrativo podemos citar los trabajos contenidos en el volumen colectivo La flexibilidad laboral en España, IURL-ZARAGOZA, 1993.

<sup>109</sup> Como señala DE LA VILLA, la flexibilidad no es más que una "estrategia de poder" (SAGARDOY BENGOCHEA, "Anotaciones...cit.", p. 249), en cuyo diseño, la intervención de los diversos sujetos es claramente desigual (de este modo se puede distinguir entre una flexibilidad "decidida", protagonizada por el empresario y el Estado, y una flexibilidad "negociada", en la que participa el sindicato (v., al respecto, JAVILLIER, "Ordre juridique...cit.", p. 57-59). Esta apreciación es generalmente compartida por la mejor doctrina extranjera. Así, en relación con la experiencia francesa, v. los excelentes trabajos de G. LYON-CAEN, "La bataille truquée de la flexibilité", DS-12/85; p. 801 ss.; JEAMMAUD, "Les lois Auroux: plus de droit ou un autre droit?", CEP-83; p. 223 ss. Respecto a los términos del debate en Italia, v. MARIUCCI, Le fonti...cit., p. 50 ss., cuyo análisis sería perfectamente extrapolable a la actual realidad española.

<sup>110</sup> Lo que afecta a su posición en el sistema de fuentes y, consecuentemente, a los criterios que ordenan sus relaciones (v., al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Negociación colectiva y acuerdos sociales", PEE-22/85; p. 282 ss.; esp. p. 287-291). Como señala GIUGNI, en la flexibilidad no se plantea "el cambio o derogación de las normas, sino de los métodos de normación" (SAGARDOY BENGOCHEA, "Anotaciones...cit.", p. 249). En la doctrina francesa, v., por todos, BONNECHÈRE: "Les tendances à la dérèglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail", DS-1/90; p. 40 ss.

<sup>111</sup> V., en este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, "Anotaciones...cit.", p. 250: "La historia nos enseña que el magisterio del Derecho del Trabajo ha radicado en la sabia combinación y logro del equilibrio entre los intereses del poder político, el poder económico y el poder social".

<sup>112</sup> En general, sobre este tema se plantean hoy día una serie de interrogantes que afectan a la propia esencia del Derecho del Trabajo. V., al respecto, SYROPOULOS, "Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique: réflexions en marge d'un congrès", DS-3/82, p. 259 ss.; esp., p. 263; restándole dramatismo al debate, v. JEAMMAUD: "El derecho del trabajo de 1988: un cambio de orientación más que una crisis", TL-14/89, p. 28 ss.; y, del mismo autor, "Reformas laborales y democracia industrial en Francia", RL-85(I); p. 290 ss.; G. LYON-CAEN: "La crise du droit du travail", en la obra colectiva In memoriam Sir Otto Kahn-Freund, MUNICH, 1980, p. 517 ss.; SARAMITO: "Le droit du travail en question", DO-86; p. 39 ss. Entre nosotros, la



límites que se deducen del respeto a las bases estructurales del Derecho del Trabajo.

No obstante, es preciso tener en cuenta que todo este debate actual es fruto, en última instancia, de una alteración del equilibrio resultante del sistema de valores. Esta alteración afecta fundamentalmente al binomio libertad/igualdad y supone una reasignación de espacios de actuación, aumentando el ocupado por el primer principio en detrimento del segundo. De ahí que una de las principales consecuencias de este "neoliberalismo" sea, en el ámbito de las relaciones laborales, la creciente recuperación de espacios de actuación por parte del poder de dirección de las empresas y, paralelamente, una pérdida de protagonismo del poder social. En estas condiciones, la autonomía colectiva resulta directamente afectada, ya que este nuevo reequilibrio la desvincula de sus propios fines y, a la postre, termina desvirtuándose completamente. Ello se debe a que no se trata propiamente de un reequilibrio entre poderes<sup>113</sup>, sino más bien de un desequilibrio de los mismos que imposibilita la funcionalidad de la institución.

Este proceso, cuyo alcance está aún por determinar, el papel del Estado no es neutral. Como es fácilmente deducible, este reequilibrio no es ajeno a la llamada crisis del Estado Social<sup>114</sup>, en cuyo contexto global hay que situar el punto de partida de todo a análisis al respecto. De esta manera,

---

cuestión se ha planteado más recientemente, y a raíz de las últimas reformas legislativas. V., al respecto, BORRAJO DACRUZ, ¿Reforma laboral o nuevo derecho del Trabajo?, AL-34/94; p. 543 ss.

<sup>113</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, "Anotaciones...cit.", p. 251, que considera que el fin del Derecho del Trabajo es la paz social.

<sup>114</sup> V. sobre el tema, los trabajos incluidos en la obras colectivas Problemas de legitimación en el Estado Social, TROTTA-VALLADOLID, 1991; Derecho y economía en el Estado Social, TECNOS-MADRID, 1988; Estudios sobre el Estado Social, TECNOS-MADRID, 1993; asimismo, OJEDA MARÍN: Estado social y crisis económica, EC-MADRID, 1993.

la retirada del apoyo legal a la autonomía colectiva, siendo una realidad, no es más que una manifestación de las políticas neoliberales que se están imponiendo en el plano socio-económico<sup>115</sup>. El estudio de la negociación colectiva como fuente no puede prescindir de las repercusiones de la crisis económica sobre esta institución<sup>116</sup>; pero es en el contexto, más amplio, de la crisis del Estado Social donde verdaderamente cobra sentido, afectando directamente al alcance de los medios instrumentales previstos constitucionalmente para garantizar la efectividad jurídica del poder social.

### **2.3.- Los elementos estructurales de la autonomía colectiva en la CE: análisis funcional de su configuración jurídica.**

Una vez analizado el fundamento constitucional del

---

<sup>115</sup> Las últimas reformas legislativas son un claro ejemplo de esta línea de tendencia. En contra de lo que oficialmente se proclama, la retirada de la ley no tiene como objetivo la potenciación de la negociación colectiva, sino el progresivo deterioro de su funcionalidad. En efecto, como hemos visto, sin poder social no hay negociación propiamente dicha, sino imposición unilateral de la parte más fuerte, la económica. En este sentido, si las determinadas actuaciones legales, de acción o de inhibición, afectan, directa o indirectamente, a tan esencial presupuesto, no puede hablarse de potenciación de la fuente negocial. Por el contrario, estamos ante una faceta más de liberalismo, sólo que ahora en su versión de liberalismo colectivo ("laissez-faire colectivo", en afortunada expresión de MARTÍN VALVERDE, "EL ordenamiento jurídico...p. 157). Pero al contrario de lo que pudiera parecer, ello no supone tanto una desvinculación de la autonomía colectiva respecto de sus fines (la igualdad material), como una vinculación de la misma a fines que no son los propios, con lo que la institución queda desvirtuada y carente de la relevante funcionalidad asignada por la CE.

<sup>116</sup> Para un análisis comparado sobre el tema, v. CORDOVA, "La negociación collective dans les pays industrialisés" RIT-78; p. 459 ss. En nuestro país, la cuestión ha sido tratada por SAGARDY BENGOCHEA: "Política gubernamental y negociación colectiva en un contexto de crisis económica", en Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón, cit., p. 305 ss.; RODRÍGUEZ-SANUDO: "Aspectos de la negociación colectiva en la crisis económica", en El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los ochenta, IRL-ZARAGOZA, 1983; p...; RIVERO LAMAS: "El marco de la negociación colectiva post-constitucional y la crisis económica", en El desarrollo de la Constitución española de 1978, ZARAGOZA, 1982; p. 41 ss.; DURÁN LÓPEZ, "Sindicatos y crisis económica", REDT-8/81; p. 429 ss.; ESPINA: "Las relaciones industriales y la democracia", RL-91(I); p. 875 ss.

poder colectivo, concretado en la conexión entre el principio de autonomía colectiva y el sistema de valores, el siguiente paso ha de consistir, necesariamente, en el estudio de la configuración jurídica de ese poder en la CE. Como tuvimos ocasión de comprobar, la autonomía colectiva, como poder, se desglosa en tres elementos básicos que representan separadamente facultades que, en su interacción conjunta, integran y sustentan ese poder. Tales facultades son la autoorganización, la autotutela y la autonormación, y su configuración jurídico-constitucional adopta la forma de derechos fundamentales y libertades públicas. Así, en la CE, respectivamente, nos encontramos con la libertad sindical, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva<sup>117</sup>.

Con los matices que después veremos, la relevante posición de las mencionadas facultades en el texto constitucional está en plena consonancia con la entidad del principio de autonomía colectiva en el sistema jurídico<sup>118</sup>, al que a la postre, se encuentran instrumentalizadas en aras

---

<sup>117</sup> También llamados "bases constitucionales" del derecho colectivo del trabajo (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento jurídico...cit., p. 145). Sin embargo, como comprobaremos posteriormente, esta configuración tridimensional de la autonomía colectiva o autonomía colectiva "en sentido amplio" (ib., p. 159) no es compartida por toda la doctrina (a favor de la misma, MONTALVO CORREA, op cit., p. 274, y la doctrina que cita). Así, a veces se toma la parte por el todo, identificando autonomía colectiva con libertad sindical, y otras veces, el todo por la parte, utilizando, de forma intercambiable, negociación colectiva y autonomía colectiva (v. gr., SANGUINETTI, op. cit., p. 121; CAMPOS ALONSO, "La negociación colectiva en la Constitución", en Jornadas sobre Derecho del Trabajo...cit., p. 388). Es preciso, por tanto, mantener una correcta delimitación conceptual.

<sup>118</sup> De este modo, la constatación de la idoneidad de la autonomía colectiva como medio para el logro de los fines definidos en la CE constituye el presupuesto de la "preocupación" del constituyente por articular los mecanismos de protección para hacerlo efectivo. Sobre las razones de esa idoneidad comparativa respecto de otros medios, tales como la ley, v. MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento jurídico...cit., p. 158; para este autor, destacan, "la insuficiencia de los poderes públicos para atender satisfactoriamente a un campo normativo tan extenso y cambiante; la virtualidad de la libertad, con más o menos límites y contrapesos, también en el ámbito de las relaciones económicas y sociales; la posibilidad de un juego dinámico de poderes compensatorios; la probable generación de un consenso mayor en este tipo de relaciones cuando se trata de normas acordadas o concertadas; la conveniencia de completar los procedimientos de exigencia pública del cumplimiento de las normas jurídicas con otros mecanismos de autotutela de las partes".

de lograr su efectividad<sup>119</sup>. En efecto, concebida como poder frente al Estado, dicha efectividad va a depender del grado de protección que ostenten los titulares del poder en el ejercicio de las facultades inherentes al mismo. Se trata, por tanto, de proteger una esfera de actuación propia, libre de la injerencia del poder estatal. Tradicionalmente, la articulación jurídica de la defensa de este tipo de esferas, que confieren a determinados sujetos una especial posición jurídica, se ha producido mediante la constitución de derechos fundamentales y libertades públicas<sup>120</sup>.

Trasladando este esquema a nuestro texto constitucional, es posible verificar cómo la autonomía colectiva, encontrando su fundamento en el Título Preliminar (arts. 1.1, 7 y 9.2 CE), se proyecta como tal en el Título I, donde, a su vez, hallará los rasgos peculiares de su configuración en nuestro ordenamiento jurídico. La libertad sindical (art. 28.1 CE), el derecho de huelga (28.2 CE) y el derecho a la negociación colectiva (37.1 CE), constituyen, por tanto, los puntos de referencia básicos para analizar cómo ha quedado configurado constitucionalmente el poder colectivo<sup>121</sup>. Este será, por

---

<sup>119</sup> Así, en relación con el derecho de huelga, la jurisprudencia del TC (por todas, STC 11/81, de 8 de abril), no ha tenido ningún reparo en establecer una conexión directa entre su configuración como derecho fundamental y la realización del principio de igualdad material (art. 9.2 CE). De este modo, "la huelga ha sido investida de la dignidad de derecho fundamental (...) porque es un instrumento para conseguir la igualdad sustancial" (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit., p. 153). El mismo razonamiento es posible extenderlo a los otros dos derechos colectivos (v., al respecto, DEL REY GUANTER, "La aplicación...cit., p. 380 ss., que pone en conexión cada uno de los derechos integrantes de la autonomía colectiva con la cláusula del Estado social; de este modo, el derecho de huelga (p. 387), el derecho de negociación colectiva (p. 383) y la libertad sindical (p. 382), aparecen funcionalizados al cumplimiento de los fines encarnados por aquella cláusula.

<sup>120</sup> En todo caso, es preciso aclarar que, a pesar de adoptar esta tradicional forma de protección individualista frente al poder estatal, estamos básicamente ante "derechos de organización y acción colectivas" (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit., 162), pasando a segundo plano la vertiente individual de la titularidad de los mismos.

<sup>121</sup> Como ya hemos tenido oportunidad de aclarar (v. ut supra, Cap. II.2.3.2), cuando hablamos de poder colectivo nos estamos refiriendo al poder de la "parte social, haciendo abstracción del poder de la "parte económica". No hay que olvidar que la autonomía colectiva, entendida como expresión del poder de los sujetos sociales, constituye la oposición dialéctica de esos dos poderes (poder sintético). El hecho de que el poder económico sea un poder per se, unido a la necesidad de que el poder social sea un verdadero contrapoder, ha traído como consecuencia la identificación entre "autonomía colectiva", en el sentido

tanto, el objetivo inmediato del presente epígrafe que, de este modo, se configura como vía ineludible para el posterior estudio de la negociación colectiva como fuente. Siendo esta la finalidad, es obvio que el estudio de la libertad sindical y del derecho de huelga estará funcionalizado al descubrimiento los rasgos que caracterizan a la negociación colectiva en la CE.

Una valoración de conjunto acerca de la configuración de los tres elementos estructurales en nuestro texto constitucional, nos confirma la función de la incorporación de la autonomía colectiva al ordenamiento jurídico. En efecto, disipadas las dudas doctrinales suscitadas en el período preconstitucional sobre el alcance de los llamados "derechos colectivos"<sup>122</sup>, el diseño constitucional de los mismos es prueba inequívoca del consenso subyacente a toda la Constitución<sup>123</sup>. De su análisis se deduce que la

---

anteriormente expresado, y lo que en realidad es la conformación de ese poder social o "Autonomía colectiva laboral". Nuestra Constitución, fruto de este dato incontestable, es un claro ejemplo de la diversa atención que se presta a estos dos poderes contrapuestos. Así se contrasta que, si bien en relación con el poder de la "parte económica" sólo es preciso un reconocimiento genérico de la libertad de empresa (art. 38 CE), y del derecho de asociación (art. 22 CE) en relación con el poder "social" es necesario, por el contrario, el reconocimiento de una serie de derechos que tengan, conjuntamente, la virtualidad de constituir ese poder como tal. No en vano, sólo si hay equilibrio de fuerzas habrá propiamente autonomía colectiva, y para ello es necesario compensar desequilibrios estructurales. Así lo ha entendido el TC que, en diversos pronunciamientos (ATC 113/84, de 22 de febrero y, más recientemente, SSTC 52/92 y 75/92, de 8 de abril y 14 de mayo, respectivamente), se ha manifestado en contra de la aplicabilidad del art. 28.1 CE a los empresarios (v., incidiendo sobre esta idea compensatoria característica fundamental del Derecho del Trabajo, ALARCÓN CARACUEL, "Estado social...cit., p. 15). De este modo, si en un ordenamiento jurídico se estima que la autonomía colectiva es un medio idóneo para conseguir sus fines, en ese mismo ordenamiento jurídico se deben arbitrar los mecanismos necesarios para que exista dicho equilibrio, y en consecuencia, la institución sea plenamente funcional.

<sup>122</sup> En este sentido, era común observar la tendencia doctrinal a la funcionalización política de los derechos colectivos. V., al respecto, a título ilustrativo, los trabajos contenidos en el volumen colectivo Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo, cit.; también, Acción sindical y sindicalismo, cit.

<sup>123</sup> En este sentido, se puede decir que el eje de ese consenso lo constituye el compromiso de las fuerzas sociales de sustituir sus objetivos "revolucionarios" (transformación radical de las estructuras de poder de la sociedad) por otros, simplemente "reformistas" (corrección de las desigualdades sociales que provocan esas estructuras). Ello conlleva, por su parte, la contrapartida, definitoria del Estado social, de convertir el "interés obrero" en "interés general". Esto supone sin duda un importante salto cualitativo. Como señala BARCELONA ("Los sujetos y las normas", cit., p. 30), significa que "no sería tanto la cualidad de la fuerza-de-trabajo, o el trabajo suministrado en condiciones de explotación y de dependencia económica, como la genérica

incorporación del poder colectivo a la CE es fruto de un compromiso en el cual, sin renunciar al sistema de producción capitalista, se le otorga protagonismo a las fuerzas sociales para la corrección de las desigualdades y desequilibrios que el libre funcionamiento del mercado produciría inevitablemente<sup>124</sup>. De este modo, el reconocimiento de esa serie de derechos colectivos tiene como finalidad instituir el poder colectivo, hacerlo efectivo, de manera que esté en disposición de desempeñar la función que tiene asignada en el cumplimiento de los valores superiores y, en concreto, del valor igualdad. Pero, al mismo tiempo, esa incorporación al ordenamiento supone el respeto a otros valores del mismo, señaladamente, el de libertad, que modula el alcance y el propio significado del poder colectivo.

Caracterizados de esta forma, es decir, por su función de soporte del poder encarnado por la autonomía colectiva, los tres elementos estructurales ocupan el mismo nivel o plano entre ellos. Autoorganización, autotutela y autonormación son facultades inescindibles entre sí, pero al mismo tiempo independientes unas de otras, al representar facetas diversas en las que el poder colectivo (autonomía colectiva) se expresa. Su configuración jurídica debe, por tanto, respetar esta independencia funcional, sea de forma explícita, sea de forma implícita.

---

pertenencia al género humano, el criterio que legitimaría las pretensiones al salario garantizado o al beneficio de la ciudadanía".

<sup>124</sup> De esta manera, aún a pesar de no renunciar a la transformación de la sociedad como objetivo último, las fuerzas sociales se comprometen a respetar el marco de actuación que supone la Constitución, obteniendo como contrapartida una privilegiada posición jurídico-política en dicho marco. La CE, por tanto, reconoce y encauza el conflicto social y, en consecuencia, establece los mecanismos de articulación jurídica para hacer efectivo el compromiso implícito que ello supone. Queda evidenciado así, el carácter netamente instrumental del reconocimiento constitucional de los derechos colectivos. En definitiva, se toma conciencia de que el reforzamiento del poder social que conlleva este hecho, lejos de constituir un peligro para el sistema democrático, es la principal garantía de su supervivencia (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit.", p. 351).

La CE, fiel a su entorno sociopolítico, pero al mismo tiempo más depurada técnicamente al aprovecharse de la evolución de la dogmática constitucionalista moderna, opta por diseñar de forma separada esas tres facetas. Libertad sindical, derecho de huelga y negociación colectiva, se configuran como derechos interconexos, pero diferentes entre sí, cuyo objeto es, en última instancia, la protección de la esfera de poder no intervenido que representa la autonomía colectiva<sup>125</sup>. La caracterización de sus respectivos regímenes jurídicos, mediante el correspondiente desarrollo legislativo, podría, en su caso<sup>126</sup>, hacerse perfectamente de forma independiente, y ello sin perjuicio de las interconexiones que habría que observar. Hay que tener en cuenta, por tanto, los respectivos procesos de juridificación formal de cada uno de ellos hasta su consolidación definitiva en la estructura del sistema jurídico; procesos que, en buena lógica, deberían seguir vías paralelas. En lo que aquí interesa, ello supone que el estudio de la negociación colectiva como fuente debe tener en cuenta, de forma insoslayable, las variables establecidas por la regulación de los derechos de huelga y de libertad sindical. Parece evidente que el sentido de esta regulación afectará, en distinta medida, a la autonomía colectiva, fortaleciendo o

---

<sup>125</sup> La protección a nivel constitucional de estos "derechos laborales" (MONTTOYA MELGAR: "La protección constitucional de los derechos laborales", en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, CEC-MADRID, 1980; p. 267 ss.; y "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral", RPS-121/79; p. 315 ss.), aún articulada de forma esencialmente individualista (derechos fundamentales y libertades públicas), tiene una marcada dimensión colectiva que no es posible soslayar.

<sup>126</sup> No hay que olvidar que, como ha tenido oportunidad de establecer el TC, "todos los preceptos constitucionales, y en especial los derechos fundamentales que en ella se reconocen, poseen eficacia normativa inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo posterior. Para nuestro tema ello significa que el derecho de huelga y el derecho de sindicación se reconocen sin necesidad de intermediación legislativa, y lo mismo ha podido decirse, aunque la cosa sea menos clara, en relación con el derecho a la negociación colectiva o a otras medidas de conflicto" (RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Justicia constitucional...cit.", p. 11-12). De este modo, a pesar de que el efecto directo no signifique la negación de toda posibilidad de intervención legislativa, el papel de la ley respecto de cada uno de ellos es el mismo: garantizar y promocionar, cuando sea necesario, su despliegue efectivo (así, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La libertad sindical...cit.", p. 114).

debilitando el poder del que la negociación colectiva, en tanto que fuente, trae causa.

Desde el punto de vista formal, sólo cabría objetar al diseño constitucional el hecho de haber sacado de la esfera de máxima protección (Sección 1ª del Capítulo II del Título I) al derecho a la negociación colectiva (Sección 2ª)<sup>127</sup>, con la consiguiente degradación de su nivel de protección jurídica que ello conlleva<sup>128</sup>. Sin embargo, teniendo en cuenta que esta asintonía sistemática se debió a un, mal asimilado técnicamente, intercambio político de última hora, que terminó rompiendo la armonía del proyecto inicial<sup>129</sup>, no hay que hacer derivar consecuencias desproporcionadas de la mencionada degradación. Sin embargo, por la trascendencia de la función de la facultad protegida y tratándose, en definitiva, de la articulación jurídica de una fuente del derecho en sentido propio (fuente material), hubiera merecido, sin duda, una mayor protección que la que le corresponde a un mero derecho cívico (art. 53.2 CE).

Ha sido precisamente este déficit de protección el que ha ocasionado forzadas construcciones doctrinales, tales como la de la incorporación del derecho a la negociación colectiva en el contenido esencial de la libertad sindical. Sin embargo, lejos de arrojar luz sobre el problema, este tipo

---

<sup>127</sup> Destacando la "desdichada ubicación del derecho a la negociación colectiva", claramente "fuera de su órbita natural", así como señalando las consecuencias que de ello se derivan, a la vista de la inexistencia de un cuadro de fuentes sistemático en el CE, v. ALARCÓN CARACUEL, "La autonomía...cit., p. 58).

<sup>128</sup> La degradación se concreta en su no consideración como derecho fundamental, sino como "derecho cívico", y, consiguientemente, en la no aplicación de la art. 53.2 CE, que prevé la doble garantía del procedimiento sumario y preferente ante la jurisdicción ordinaria, por un lado, y del recurso de amparo ante el TC, por otro. Por el contrario, en relación negociación colectiva, sólo se garantiza el respeto legal de su contenido esencial, aparte de la evidente vinculabilidad de los poderes públicos (art. 53.1 CE).

<sup>129</sup> No hay que olvidar que en los anteproyectos constitucionales, los tres derechos aparecían en párrafos correlativos dentro de un mismo artículo, el 31. Sobre las razones que llevaron a su configuración final, v. VIDA SORIA, "Génesis...cit., p. 249; MONTOYA MELGAR, "Los sindicatos...cit., p. 187 ss.



de tesis han incrementado el índice de confusión, pues traen como resultado una falta de uniformidad en materia de titularidad de los diferentes derechos colectivos<sup>130</sup>. Ello ha propiciado importantes distorsiones en el ensamblaje de estos derechos en la CE, con notables repercusiones para el correcto entendimiento de la negociación colectiva como fuente. Se impone, por tanto, la delimitación del alcance de la configuración jurídico-constitucional de cada uno de los elementos en los que se estructura la autonomía colectiva.

**2.3.1.- La autoorganización como elemento básico:  
el reconocimiento constitucional de la libertad  
sindical y el poder de los sujetos negociadores.**

**2.3.1.1.- Significado del reconocimiento  
constitucional de la libertad sindical.**

El primero de ellos, el elemento organizativo, toma "cuerpo constitucional" mediante el reconocimiento de la libertad sindical en el artículo 28.1 CE<sup>131</sup>. El contenido del mencionado precepto no ofrece, en principio, lugar a

---

<sup>130</sup> V., al respecto, MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento jurídico...cit., p. 162.

<sup>131</sup> Sobre el significado de este reconocimiento, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La libertad sindical en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 93 ss.; del mismo autor, "El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales", en Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo, MURCIA, 1978; p. 158 ss.; GARCÍA BECEDAS: "Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución Española", RPS-124/79; p. 39 ss.; VERDIER: "La Constitución Española, los sindicatos y el derecho sindical", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 37 ss. Asimismo, más centrados en el alcance del poder del sindicato, v. PALOMEQUE LÓPEZ: "El Sindicato como sujeto político", cit., p. 551 ss.; MONTALVO CORREA: "El derecho de libre sindicación y la <mayor representatividad> sindical", en Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón, cit., p. 333 ss.

dudas: se trata de proteger el derecho de sindicación de todos los trabajadores<sup>132</sup> (con las excepciones y modulaciones allí contempladas), es decir, de formar grupos organizados<sup>133</sup> con la finalidad de defender sus intereses. La libertad sindical se instituye, por tanto, como presupuesto indispensable para la formación del poder colectivo<sup>134</sup>: sólo si hay posibilidad de organizarse libremente será posible hablar con propiedad de autonomía colectiva<sup>135</sup>. En relación al resto de las facultades que conforman la autonomía colectiva, la autoorganización expresa un momento previo,

---

<sup>132</sup> Se excluyen, por tanto, a los empresarios, contrariamente a lo comúnmente establecido en los textos internacionales y comparados, quedando reconducido su derecho de organización colectiva al genérico derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE. Esta interpretación, mayoritariamente compartida en la doctrina y pacífica en la jurisprudencia del TC (v. *ut supra*), tiene su base en una valoración comparativa, desde el punto de vista funcional, entre sindicatos y asociaciones empresariales. Como acertadamente señala KANH-FREUND (*Trabajo y Derecho*, cit., p. 275), "la formación de los sindicatos, es decir, la organización de los trabajadores, es la contrapartida de la acumulación del capital. Pueden haber relaciones laborales sin asociaciones de empresarios - si bien ello sería difícil y muy poco deseable- pero no pueden haber relaciones laborales sin sindicatos. La analogía entre asociaciones empresariales y sindicatos es útil para el jurista, pero constituye una distorsión de la realidad social" (las cursivas son nuestras). Este dato no puede pasar inadvertido para el Estado en una sociedad pluralista. Como apunta MENGONI ("La partecipazione...cit., p. 188), "un aspecto esencial del pluralismo, cuando es utilizado por el ordenamiento jurídico como instrumento adicional de integración política de los ciudadanos, es el tratamiento diferenciado de los grupos en orden a un equilibrio de sus relaciones de fuerza, y, por tanto, el abandono por parte del Estado de la posición de neutralidad frente a los conflictos sociales".

<sup>133</sup> Se entiende, de forma democrática, es decir, en el sentido de que deben quedar patentes (en los estatutos) cuáles son las reglas de atribución de poder dentro del grupo (VALDÉS DAL-RE, "Aspectos constitucionales de la democracia sindical", RL-88(I), p. 30). De este modo, las exigencias democracia interna derivadas de la relevancia constitucional del sindicato son las que, a la postre, legitiman el control "técnico" del Estado. En general, sobre este tema v. KANH-FREUND (*Trabajo y Derecho*, cit., p. 360 ss.), sin olvidar que, en definitiva, el tema se reduce a analizar lo que el Derecho pueda y deba hacer en relación con el poder interno de los sindicatos" (p. 360).

<sup>134</sup> Como, rotundamente, señala KANH-FREUND (*Trabajo...cit.*, p. 275), "no pueden existir organizaciones de trabajadores si éstos no son libres para afiliarse a las mismas, trabajar para ellas y mantener su afiliación. Se trata de un derecho humano fundamental, de una libertad cívica, que, como tal, aparece mencionado en el catálogo de derechos fundamentales de diferentes constituciones".

<sup>135</sup> En este sentido, siendo la formación del grupo el presupuesto para complementar un déficit de poder individual (DIEZ PICAZO, op. cit., p. 128), es necesario, además, el dato de la organización, plus de calidad que diferencia al grupo de un simple "agregado", dotándolo de poder efectivo para conseguir los fines que persigue (ROBLES, op. cit., p. 118). De esta forma, la existencia de organización se convierte en el dato esencial para comprobar si un grupo detenta poder y, por lo tanto, está capacitado para la defensa de los intereses que le son propios (en general, sobre la conexión entre modos de organización del sujeto colectivo y poder negociador, v. CARRIER, op. cit., p. 76 ss. y 137 ss.).

pero no por ello prevalente. Según hemos visto, en la integración del poder colectivo, los tres elementos se sitúan al mismo nivel. Sólo por cuestiones de orden expositivo, el examen concreto de uno de esos elementos permite la funcionalización de los otros dos; pero en ningún caso ello supone prejuzgar su posición relativa, ni discutir, en consecuencia, el equilibrio funcional en el que se asientan sus relaciones respecto de la integración del poder colectivo (autonomía colectiva).

De este modo, y teniendo en cuenta que nuestro estudio se centra en la esfera autonormativa de la autonomía colectiva, de manera que el estudio de los otros dos elementos está metodológicamente funcionalizado respecto de aquél, el momento autoorganizativo nos va a interesar en la medida en que signifique la consolidación de un sujeto con poder negociador. Siendo ésta una conditio sine qua non para la configuración jurídica de la negociación colectiva como fuente del derecho, es obvio que hay que comprobar el grado de protección que la Constitución confiere al sujeto colectivo en tanto que sujeto negociador, es decir, en tanto que, formalmente<sup>136</sup>, titular del derecho a la negociación colectiva.

Desde esta perspectiva, la configuración jurídico-constitucional de la libertad sindical (entre los derechos fundamentales y las libertades públicas) nos ofrece inmejorables garantías en relación con la protección de la posición jurídica del sujeto negociador. Sin embargo, el desarrollo interpretativo del mencionado derecho por el TC ha venido a suscitar dudas en cuanto a la efectiva protección constitucional de la titularidad del derecho a negociar.

En efecto, aunque nada de ello se deduzca del precepto

---

<sup>136</sup> Es decir, atendiendo a la configuración constitucional de la facultad autonormativa (art. 37.1 CE).

examinado, que sólo se refiere al aspecto autoorganizativo, el TC ha efectuado una ampliación, tan significativa como discutible, del contenido de la libertad sindical, y que ha terminado prácticamente con la absorción dentro del mismo a los otros dos derechos. De este modo, el elemento autoorganizativo sufre, por obra de esta línea interpretativa del TC, una expansión de tal calibre que anula a los otros dos elementos estructurales, autotutela y autonormación, en el que, como hemos visto, se descomponía conceptualmente la autonomía colectiva. Como consecuencia de ello, el concepto de libertad sindical deviene coextenso el de autonomía colectiva<sup>137</sup>, lo que va a afectar notablemente, aunque en diferente medida, a la configuración constitucional del derecho de huelga y de negociación colectiva.

Aparte de los problemas teóricos que plantea esta doctrina, son especialmente relevantes las consecuencias prácticas que se extraen de la misma, principalmente, en materia de protección de los sujetos negociadores.

#### 2.3.1.2.- Libertad sindical y autonomía colectiva.

En principio, la identificación entre libertad sindical y autonomía colectiva, que ha traído consigo la operación hermenéutica efectuada por el TC, no debería tener ningún tipo de reparo e, incluso, sería plausible en ciertos aspectos. En efecto, hay argumentos suficientes para apoyar la base doctrinal que sustenta la incorporación dentro del contenido esencial de la libertad sindical, no sólo de los

---

<sup>137</sup> Se configura, por tanto, como "derecho de contenido complejo, del que pueden derivarse (o desprenderse) todos los demás derechos de organización y acción colectiva de los trabajadores" (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento...cit.", p. 148). Para este autor, la explicación de esta posición del TC, cuyo punto de apoyo lo encontramos en los Convenios de la OIT 87, 98 y 135, ha sido "la falta de una ley sindical postconstitucional, y ante todo el laconismo de la ley de Asociación Sindical de 1977", lo que propició, "un uso intensivo del recurso hermenéutico ofrecido por el artículo 10.2 de la Constitución" (ib.).

"derechos de organización", sino también los "derechos de actividad" (señaladamente, huelga y negociación colectiva<sup>138</sup>). El Derecho Comparado e Internacional del Trabajo proporciona elementos bastante sólidos como para no dejar de compartir la solución adoptada por el Alto Tribunal<sup>139</sup>. Es indiscutible, desde una perspectiva global, el carácter positivo de este tipo de operaciones para la consistencia dogmática de nuestro ordenamiento jurídico<sup>140</sup> que, por razones diversas, se hallaba tan necesitado de la misma. Pero no se detiene aquí la valoración positiva que podría hacerse de la actitud del TC.

Por otra parte, sería posible constatar los "efectos correctores" de la mencionada jurisprudencia, mostrando, así su capacidad para superar los escollos de orden formal y, en consecuencia, llegar a una auténtica comprensión en clave sistemática del conjunto de la CE. En este sentido, la mayor

---

<sup>138</sup> Es obvio que huelga y negociación colectiva son "las manifestaciones más típicas de la actividad del sindicato" (RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La libertad sindical en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 110). Tanto es así que, como señala MENGONI ("Il contratto collettivo...cit., p. 262) "la teoría del convenio colectivo está estrechamente ligada a la teoría de las asociaciones sindicales". En general, poniendo de relieve la función de "soporte" de la libertad sindical respecto de la negociación colectiva, v. KANH-FREUND: Trabajo y Derecho, cit., p. 275.

<sup>139</sup> Sobre este "acervo doctrinal común en materia sindical", v. GARCÍA MURCIA, La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo, TECNOS-MADRID, 1992; p. 159; y doctrina que cita. Sin embargo, es necesario proceder con cautela para no incurrir en extrapolaciones acríticas que tendrían como resultado la incorporación, en nuestro sistema jurídico, de soluciones dogmáticas realizadas tomando como referencia contextos diversos, ya que ello supondría, sin duda, un abuso del método comparado (v., al respecto, las precisiones de GIUGNI, "La negociación colectiva...cit., p. 69 ss.). Por ello, la consideración de la negociación colectiva como derecho de acción que se deriva de la libertad sindical, si bien puede observarse con cierta frecuencia en experiencias comparadas (en Italia, por ejemplo, es defendida esta posición, entre otros, por LIEBMAN, op. cit., p. 37; o LAMBERTUCCI, op. cit., p. 114.), hay que tener en cuenta que ni la organización de las estructuras sindicales, ni el referente histórico es paragonable (entre otros aspectos, no es común la existencia de representaciones electivas con capacidad negociadora). Por otra parte, incluso el derecho internacional muestra divergencias a la hora de configurar jurídicamente a la negociación colectiva. Así, si bien en los textos de la OIT aparece configurada como actividad sindical, en la Carta Social Europea, como en nuestra Constitución, se observa una nítida separación entre el reconocimiento de uno y otro derecho (sobre el tema, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Negociación colectiva y Constitución", en La negociación colectiva, CDJ/CGPJ-MADRID, 1992, p. 12).

<sup>140</sup> En general, sobre las ventajas de índole dogmática que aporta "la óptica supranacional", v. SCIARRA: "La libertad sindical en la Europa social", RL-9/92; p. 9 ss.

virtualidad integradora de la doctrina sentada por el TC se pondría de manifiesto con la incorporación de la negociación colectiva a la esfera de máxima protección constitucional. Ello supondría, además de una corrección material del "desliz" sistemático-formal del constituyente<sup>141</sup>, otorgar la posición que le corresponde a una faceta, la autonormación, de tanta trascendencia para la estructura del sistema de fuentes de todo el ordenamiento jurídico. La tutela de la posición jurídica del sujeto negociador se vería, de este modo, fortalecida por la interpretación del TC<sup>142</sup>, lo que es perfectamente acorde con la relevancia constitucional de dicha posición.

No obstante, y sin perjuicio de la valoración de fondo que merezca esta doctrina<sup>143</sup>, no ha sido éste el resultado de la comentada línea jurisprudencial. Ello se debe a que la expansión objetiva de la libertad sindical, acaparando los "derechos de actividad"<sup>144</sup>, no ha ido acompañada de la

---

<sup>141</sup> v., al respecto, las razones esbozadas ut supra.

<sup>142</sup> De este modo, la integración del derecho a la negociación colectiva dentro del contenido esencial de la libertad sindical, más que "desvirtuar" la "asignación constitucional a ambos derechos de sedes diversas" (VALDEOLIVAS, Antisindicalidad y relaciones de trabajo, CES-MADRID, 1994; p. 307; que comparte al efecto la opinión de OJEDA ("Delimitación...", p. 25) y GARCÍA MURCIA "Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y negociación colectiva, en La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo, CARL-SEVILLA, 1989; p. 299), vendría a corregir el déficit de protección que, inexplicablemente, le ha asignado la sistemática constitucional al derecho a la negociación colectiva.

<sup>143</sup> En efecto, la mencionada extensión objetiva de la libertad sindical plantea, en nuestro ordenamiento, algunos interrogantes de difícil respuesta. En este sentido, como resume FERNÁNDEZ LÓPEZ ("El contenido esencial...cit., p. 600-601), "supuesto que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, ¿dónde acaba ésta y, por tanto, dónde acaba el ámbito de protección reforzada del derecho, y dónde empieza la negociación colectiva en sentido estricto y, por tanto, el área de opción legal ex art. 37.1 CE?"

<sup>144</sup> En este sentido, es explícita la STC 70/1982, de 29 de noviembre (f.j. 4º). En definitiva, "la actividad del sindicato como elemento teleológico que forma parte del contenido de la libertad sindical, se integra así en el artículo 28 de la Constitución" (DURÁN LÓPEZ/SAÉZ LARA, "Libertad sindical y acción sindical...cit., p. 167). De ello es muestra el propio desarrollo legislativo del art. 28.1 CE, ya que la LOLS, en su art. 2.2 d), menciona expresamente, entre los derechos de actividad sindical, el de negociación colectiva. Ello favorece, sin duda, su protección, ya que se confirma que "sobre esta actividad también podrán desarrollarse por el empresario conductas antisindicales" (VALDEOLIVAS, Antisindicalidad y..., cit, p. 305).

correspondiente extensión subjetiva. Como consecuencia de ello, se ha producido un desajuste en la configuración constitucional del sujeto colectivo, provocado por la falta de correspondencia entre la amplia definición constitucional de la titularidad de los diferentes derechos colectivos, por una parte, y la estricta definición que, de la titularidad de uno de ellos, la libertad sindical, se deduce de la interpretación del TC<sup>145</sup>. De esta forma, el efecto combinado de ambas líneas jurisprudenciales ha provocado complejos problemas interpretativos, tal y como ha sido puesto de manifiesto la polémica doctrinal suscitada, y aún irresuelta, sobre el tema<sup>146</sup>.

#### 2.3.1.3.- Libertad sindical y titularidad del derecho a la negociación colectiva.

Sin entrar de lleno en la misma, hay que constatar, no obstante, que la mencionada doctrina (por su parte, nada pacífica y escasamente asentada habida cuenta de los

---

<sup>145</sup> Que en este caso, es más cicatero a la hora de traer a colación la normativa internacional, en concreto el Convenio 87, "relativo a a libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación" que, curiosamente, utiliza la amplia expresión de "organización" (art. 10) para referirse a sujeto pasivo de la protección que, por ello, no sólo sería el sindicato (organización-asociativa) sino cualquier otro tipo (electiva, p. ej.).

<sup>146</sup> V., al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA: "La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Constitución y Derecho del Trabajo, cit., p. 393 ss., esp. p. 403-421; FERNÁNDEZ LÓPEZ: "El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema", REDT-58/92, p. 593 ss.; VALDÉS DAL-RE: "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional", TL 19-20/90; p. 81 ss.; GARCÍA MURCIA: "La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva, en la doctrina del TC", RL-2/85; p. 475 ss.; asimismo, situando la problemática en un contexto más general, v. los trabajos contenidos en el volumen colectivo Comentarios a la ley de libertad sindical, TECNOS-MADRID, 1986; especialmente, los de CRUZ VILLALÓN: "El reconocimiento legal de la representación y la acción sindical en la empresa", p. 219 ss.; OJEDA AVILÉS: "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical", p. 11 ss.; CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ: "La tutela de la libertad sindical", p. 343 ss.; también, RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La representación de los trabajadores a nivel de empresa", RL-2/93; p. 1 ss.; CASAS BAAMONDE/ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", REDT-17/84; p. 51 ss.; DURÁN LÓPEZ/SÁEZ LARA: "Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDT-52/92; p. 165 ss.; CASAS BAAMONDE: "La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones", REDT-12/85; p. 301 ss.

constantes vaivenes del TC sobre la materia<sup>147</sup>, los cuales ponen en duda su propia calificación como tal "doctrina") ha tenido especial repercusión en materia de negociación colectiva<sup>148</sup>. En efecto, ha sido precisamente sobre la esfera menos protegida a priori donde más ha hecho mella la confusa teorización del TC. A diferencia del derecho de huelga, bien situado estratégicamente en el párrafo 2° del artículo 28, la restricción del ámbito subjetivo de la libertad sindical supone un déficit importante en la protección del derecho a la negociación colectiva<sup>149</sup>. Dicho déficit se concreta en una

---

<sup>147</sup> V., en este sentido, CASAS BAAMONDE, "La interpretación...cit., p. 303 ss., donde pone de relieve cómo después de lo que parecía una clara "apuesta por una concepción amplia y funcional de la libertad sindical que presta cobijo bajo el art. 28.1 de la norma constitucional a los representantes de los trabajadores orgánica y propiamente sindicales y también a los no sindicales, unitarios o electivos en estos casos" (STC 78 y 83/1982, de 20 y 22 de diciembre), se pasa a la, más o menos tajante y sucesivamente matizada, doctrina de la exclusión subjetiva de la representación unitaria, de manera que "la cuestiones relativas al derecho a la negociación colectiva, ubicado en el artículo 37.1 C, carecen <de relevancia desde la perspectiva de la libertad sindical cuando quien acciona (...) no es un Sindicato" (STC 118/83, de 13 de diciembre y 45/84, de 27 de marzo, entre otras. Posteriormente, otros pronunciamientos constitucionales han venido a otorgar el amparo a supuestos en los cuales, siendo la representación unitaria la que desarrollaba la acción sindical, se trataba de conductas que afectaban a miembros sindicalizados de dicho órgano, lo cual provocaba inevitablemente una discriminación de los representantes no sindicalizados, habida cuenta de la "bifurcación del régimen jurídico protector de unos y otros representantes" (CASAS BAAMONDE, "La interpretación...cit., p. 309). Por último, poniendo de relieve lo forzado de esta doctrina, se ha llegado a otorgar amparo a los representantes unitarios no sindicalizados, pero que han recibido esa "impronta sindicalizante" de su contacto con representantes sindicales (v. STC 40/85).

<sup>148</sup> Se ha consolidado al respecto una línea jurisprudencial que puede ser tildada de "clásica", calificativo que, no obstante, no sólo se refiere a la doctrina sentada en materia de negociación colectiva, sino también a la confusión intrínseca a la misma (en este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El contenido esencial...", cit., p. 593). En general, sobre los problemas de la relación entre libertad sindical y negociación colectiva, v. DIÉGUEZ: "La negociación colectiva en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT", RPS-112/76; p. 39 ss. GLADSTONE/OZAKI: "La reconnaissance des syndicats aux fins de la négociation collective", RIT-75; p. 185 ss.; MORIN: "Des titulaires du droit à la négociation collective", DS-1/88; p. 24 ss.; KESSLER: "La capacité de conclure des conventions collectives: les controverses et les solutions ouest-allemandes", DS-1/88; p. 33 ss.

<sup>149</sup> Salvada la esfera de la autotutela, a la que nada añadía su integración en el contenido esencial de la libertad sindical (antes al contrario, se producía una inexplicable redundancia), la mencionada restricción provoca inevitablemente una serie de "exclusiones subjetivas" del ámbito de protección de la libertad sindical. Un resumen de la crítica que ha suscitado esta doctrina en, GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit., p. 405. De este modo, es obvio que se crea una patente desprotección de los representantes unitarios, ya que "carente de protección constitucional, la acción de la representación unitaria tampoco cuenta a nivel legislativo ordinario con una norma garantizadora <de cierre> dirigida a perseguir los comportamientos <<antirrepresentativos>> con sanciones civiles y penales" (CASAS BAAMONDE/ESCUADERO RODRÍGUEZ, "Representación unitaria...cit., p. 89-90).



incompleta protección de los potenciales titulares del derecho a negociar<sup>150</sup>. De esta manera, inexplicablemente, habrá sujetos colectivos cuyo poder negociador esté más debilitado que el de otros. La incongruencia se hace más patente cuando se constata que no hay justificación alguna para la existencia de ese régimen diferenciado y, sobre todo, cuando tal diferenciación no tiene (no podría tener) un reflejo, directo o indirecto, en la calidad del producto negociado.

Sin perjuicio de que la existencia de esta desprotección subjetiva se ponga de manifiesto con la habilitación infraconstitucional (legal o convencional) de sujetos negociadores distintos al sindicato, hay que partir del dato incontestable de la amplia definición constitucional de la titularidad del derecho a la negociación colectiva. En efecto, el art. 37.1 CE recoge, al respecto, la genérica expresión "representantes de los trabajadores". Independientemente del alcance que se le quiera dar a esta expresión, lo cierto es que, en principio, no prejuzga la existencia de un tipo concreto de representación con exclusión de otros posibles<sup>151</sup>. Por tanto, en relación con

---

<sup>150</sup> En este sentido, es posible constatar una doble restricción de la protección, vía recurso de amparo, ante una hipotética violación del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) como contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 en relación con el 53.2 CE). En primer lugar, seleccionando sólo a algunos, los sindicales, de entre los posibles sujetos pasivos de aquélla. Por otro lado, además, restringiendo "los aspectos de la negociación tutelados por la libertad sindical" (GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación colectiva en la jurisprudencia...cit., p. 407 ss.). Estos aspectos tutelados serían, por un lado, "el acceso efectivo a la negociación como derecho a no ser excluido de la misma" y, por otro, "el acceso efectivo a la negociación como derecho a una participación proporcionada en el proceso negociador" (Ib.). En relación con el primero de los aspectos, se suscita una interesante polémica, al hilo de cierta jurisprudencia del TC en materia de legitimación para negociar convenios colectivos extraestatutarios, sobre si realmente mediante el art. 28.1 CE se protege la libertad sindical de todos los sindicatos o si, más bien, se esta tutelando en exceso la especial posición jurídica del sindicato más representativo (v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Los límites constitucionales de la contratación colectiva", RL-8/92; p. 6; GONZÁLEZ ORTEGA, art. ult. cit., p. 414-415 y 418-420; FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El contenido esencial...cit., p. 610).

<sup>151</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ: "El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo", en el volumen colectivo La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas, IMPI-MADRID, 1982; p. 17 ss. Para este autor, "la fórmula contenida en el texto constitucional es lo suficientemente abierta como para permitir lecturas amplias. La definición

la determinación del sujeto negociador, la CE muestra una ambigüedad calculada. Como en otros pasajes del texto constitucional, no se efectúa una selección cerrada entre varias opciones posibles, sino que se configura un marco para que tengan cabida las soluciones que vaya solicitando el juego de los protagonistas sociales y políticos<sup>152</sup>.

En este sentido, aún apostando por un modelo claramente sindical de relaciones laborales, la CE no puede dejar de contemplar la realidad de las estructuras representativas del movimiento obrero, donde la representación electiva en la empresa había venido jugando un papel básico en materia de negociación colectiva<sup>153</sup>. En estas circunstancias, renunciar a dicha realidad e imponer ex novo un modelo de negociación colectiva exclusivamente sindical, hubiera sido claramente disfuncional. Por tanto, aún a pesar de la mencionada preferencia por la representación sindical, se deja la puerta abierta a que, bien el legislador, bien las partes sociales, puedan prever otras formas de configuración del sujeto negociador, sobre todo en determinados ámbitos, tales como la empresa, donde las estructuras sindicales aún no estaban suficientemente consolidadas. Las representaciones unitarias del personal en la empresa suponían, por tanto, un modo privilegiado de organización de los trabajadores que el constituyente, con buen criterio, no quiso sustraer a la

---

constitucional (...) no prefigura tipos concretos de representación contractual" (p. 26).

<sup>152</sup> Así se advirtió desde un principio por los primeros comentaristas, de manera que la titularidad del derecho a la negociación colectiva podría ser asignada a "cualquier instancia organizada" (PALOMEQUE, "La negociación...cit.", p. 14). Amplitud ésta, que fue valorada de forma muy positiva (así, VALDÉS DAL-RÉ, "El modelo...cit.", p. 21).

<sup>153</sup> El tratamiento legislativo de la materia en la etapa de la transición política, constituye un ejemplo ilustrativo de esta especie de compromiso entre la inercia histórica y las previsiones de futuro que, posteriormente, se proyectó en el diseño constitucional de los derechos colectivos (v., al respecto, CASAS BAAMONDE/ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Representación unitaria...cit.", p. 53-62).

eventual decisión del legislador<sup>154</sup>. Sería el futuro desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo el que determinaría su continuidad o su sustitución por un modelo totalmente sindicalizado<sup>155</sup>.

Como quiera que el legislador, haciendo uso de la posibilidad que le ofrecía el marco consitucional, ha instituido un doble canal representativo en la empresa, habilitando indistintamente a las representaciones sindicales y unitarias para la negociación colectiva en dicho ámbito, se consolida una doble vía para la producción de normas colectivas ex art. 37.1 CE. Por tanto, si partimos de la base de que la CE ampara la actividad negocial, independientemente de la forma que adopte la organización (asociativa o electiva) del sujeto negociador<sup>156</sup>, constituye un contrasentido deducir del texto constitucional la existencia de una diferenciación, en cuanto al grado de protección que merece dicha actividad, en función del sujeto negociador.

---

<sup>154</sup> Siempre, claro está, salvando la presencia sindical en la empresa, ya que, como acertadamente señala RODRÍGUEZ-PINERO ("La libertad sindical...", cit., p. 111) "sería anticonstitucional así un monopolio de representación electiva a través de la vía participativa que supusiera una eliminación de la posibilidad de los sindicatos de actuar en el plano de la empresa". De este modo, la CE "abre la vía a un dualismo de instrumentos representativos, el sindical basado en la libre afiliación y en una estructura asociativa y el electivo que ejercería poderes de participación conferidos <<ex lege>>, sin que, repetimos, la existencia del segundo elimine al primero". Un análisis comparado de la problemática articulación (legal o convencional) de la presencia sindical en la empresa, principalmente puesta de manifiesto con la creciente relevancia de la negociación en este ámbito, en MENGONI, "I diritti e le funzioni dei sindacati nell'impresa", cit., p. 227.

<sup>155</sup> V. sobre el tema, los ilustrativos trabajos de BAYLOS GRAU: "La institucionalización de la actuación sindical como elemento de mediación frente a la crisis", REDT-21/85; e "Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español (1977-1987)", RT-91/88.

<sup>156</sup> Una valoración global de la configuración constitucional de la autonomía colectiva, a través del examen de la titularidad de los diversos derechos colectivos, no permite concluir con el diseño, en la CE, de un modelo unívoco de organización del poder colectivo. La inequívoca preferencia por la organización de tipo asociativa (sindicato) que se deduce de los art. 7 y 28.1 CE, contrasta con la titularidad individual del derecho de huelga ("los trabajadores", art. 28.2 CE) y el de negociación colectiva ("los representantes de los trabajadores"). Esta falta de opción constitucional se pone de relieve, precisamente, con la indiscutible (e indiscutida) constitucionalidad de la atribución legal de éste último derecho a la representación unitaria en la empresa.

En efecto, el argumento de que la representación unitaria es de configuración legal, estando sólo mediatamente conectado con la CE a través del art. 129.2 CE, y, en consecuencia, no puede ostentar la protección que nuestro texto constitucional reserva, en exclusiva, a la representación sindical<sup>157</sup>, es, a todas luces, insuficiente para justificar el diverso grado de protección otorgado en uno y otro caso. En primer lugar, porque la aludida conexión constitucional del derecho a la negociación colectiva de los representantes unitarios con el art. 129.2 CE, que habla únicamente de "participación en la empresa", supone, simplemente, desconocer el alcance del reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva. La trascendencia de este reconocimiento, que supone la consagración de una fuente material del derecho, es decir, de una forma de producir normas jurídicas vinculantes, pasa totalmente inadvertida para el TC, hasta tal punto que acaba confundiéndola con la "participación en la empresa". Este error se debe, quizá, a un excesivo sobredimensionamiento del elemento subjetivo a la hora de efectuar dicha diferenciación<sup>158</sup>, que, sin duda, ha relegado el aspecto objetivo (la actividad negociadora) y el funcional (ordenación de las relaciones de trabajo) a un segundo plano, haciendo abstracción de su verdadera trascendencia. Parece que se olvida el dato, fundamental por otra parte, de que es la función la que define al órgano. De este modo, estando legitimada ex lege para negociar en el ámbito empresarial, la actividad desplegada por la representación unitaria va a traer como resultado la elaboración de convenios colectivos estatutarios, cuya vinculabilidad jurídica no se discute. Sentado esto, ¿qué sentido puede tener no proteger

---

<sup>157</sup> Así, entre otras, la STC 118/83.

<sup>158</sup> Para fundamentar la exclusión de la tutela a los representantes unitarios, normalmente se arguye el hecho de "su derecho a negociar" está en el art. 37.1 CE y no el 28.1 CE (VALDEOLIVAS, Antisindicalidad...cit., p. 311).

adecuadamente esta actividad y, a su vez, diferenciarla de la que, con idéntico objetivo y resultado, desarrolla otro tipo de representación (que no necesariamente otros sujetos)?. La falta de respuesta a este interrogante evidencia lo artificioso de la construcción del TC.

En definitiva, desproteger comparativamente el derecho a la negociación colectiva de las representaciones unitarias, supone introducir una clara distorsión en el sistema de negociación colectiva<sup>159</sup> que, ni encuentra justificación en el texto constitucional<sup>160</sup>, ni, a la postre, va a tener repercusiones en relación con el (homogéneo) régimen de los convenios colectivos estatutarios<sup>161</sup>.

#### **2.3.1.4.- Conclusión: la necesaria revalorización de la negociación colectiva como actividad objeto de tutela.**

---

<sup>159</sup> Aparte de la "escisión" que, desde el punto de vista de la tutela de la libertad sindical, supone el establecimiento de dos regímenes diferenciados, no en función del bien jurídico protegido, sino de los sujetos que desarrollan la actividad (SANGUINETTI, op. cit., p. 129; VALDEOLIVAS, Antisindicalidad...cit., p. 308-309)

<sup>160</sup> Desde este punto de vista, es fácil advertir que el reconocimiento de fórmulas de organización electiva en la empresa no es incompatible con la indiscutible relevancia constitucional del sindicato. Tampoco, el reconocimiento legal del derecho a negociar de las representaciones unitarias, amparado por la amplia dicción del art. 37.1 CE, supone el establecimiento de un poder competidor que restrinja de algún modo ese protagonismo. Se podrá valorar su oportunidad en función de las circunstancias que rodeen a las estructura organizativa del movimiento sindical, y, en este sentido, decidir si deben existir o no, o si existiendo, deben tener o no competencias negociadoras. Toda intervención legal al respecto es admisible desde el marco constitucional. Ahora bien, si se decide, por los motivos que sean, que son instrumentos adecuados para la representación de los trabajadores en la empresa y, además, como organizaciones electivas, cuentan con las garantías suficientes como para que ostenten poder negociador, no es de recibo efectuar una interpretación desde la Constitución que lleve consigo la desprotección relativa de estos sujetos en el ejercicio de una actividad constitucionalmente amparada.

<sup>161</sup> Ni en el Título III del ET, ni en ningún otro sitio, se establece una diferenciación de convenios colectivos en función de la naturaleza, sindical o unitaria, del sujeto negociador. Y ello, por la sencilla razón de que tal distinción carecería de base constitucional. Como señala GARCÍA MURCIA ("La tutela...", cit., p. 480) "no hay base en nuestro ordenamiento para distinguir entre convenios colectivos con apoyo normativo en el art. 28.1 CE, y convenios colectivos con apoyo normativo en el art. 37.1 CE". Sobre el potencial riesgo de una diferenciación no amparada constitucionalmente, v., al hilo del comentario de la STC 118/83, ALONSO OLEA, Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, TECNOS-MADRID, 1983, p. 260.

Las devaluaciones parcializadas de la actividad negocial en función del sujeto negociador, no suponen otra cosa que introducir nuevas dosis de incertidumbre en el, ya de por sí, confuso sistema de negociación colectiva. En primer lugar, porque no está muy claro el alcance real de la distinción, si tenemos en cuenta la patente sindicalización de las representaciones unitarias<sup>162</sup>. En segundo lugar, porque, precisamente por ello, no se compensa la distorsión proyectada por esa doctrina sobre el sistema de negociación colectiva, materializada en el riesgo de que se sacasen consecuencias de esa distinción que dificulten aún más, si cabe, la sistematización de los diversos productos de la negociación colectiva en la empresa, labor que se ha vuelto especialmente ardua después de las últimas reformas.

El establecimiento de ese doble canal representativo, sin entrar a valorar la oportunidad de los criterios de política del derecho utilizados por el legislador, supone, en relación con el derecho a la negociación colectiva, la imposibilidad de escindir la actividad protegida, que es la misma con independencia del sujeto que, en ejercicio del derecho que le reconoce la CE, desarrolle la negociación. Si, como hemos visto, el objetivo de la protección de los representantes de los trabajadores es reforzar la posición

---

<sup>162</sup> Es obvio que esta sindicalización, por un lado, y la posibilidad de que sean las secciones sindicales en la empresa las que, alternativamente, negocien, por otro, ahuyentan los temores de que las representaciones unitarias se conviertan en medios para restar protagonismo a los sindicatos. En definitiva, es obvia la superación de estos recelos cuando no es posible efectuar una contraposición, no sólo funcional, sino ni siquiera subjetiva, entre representación sindical y representación unitaria. Es más, el papel más destacado de esta última ha sido, precisamente, el de haber favorecido la articulación de la, hasta ahora difícil, presencia sindical en la empresa. Como el propio TC reconoce (v. STC 197/90, de 29 de noviembre), "muchas veces las representaciones unitarias constituyen una vía importante e incluso prioritaria de actuación del sindicato en al empresa, a la vista de los caracteres del modelo organizativo sindical de la misma" (DURÁN LÓPEZ/SAÑEZ LARA, "Libertad sindical...cit., p. 181). En definitiva, como señala GARCÍA MURCIA ("La tutela del sindicato...cit., p. 479), "no existe en nuestro ordenamiento una separación radical entre aquel sujeto de tipo asociativo y la representación unitaria" (a pesar de lo cual, el citado autor se muestra conforme con la doctrina del TC sobre la diferente protección de uno y otro tipo de representación).

jurídica del sujeto negociador, carece de sentido no reconocer esa garantía cuando quien negocia es la representación electiva. Es preciso tener presente que las mencionadas garantías no constituyen un fin en sí mismas. Siendo su objeto dotar de protección al "delicado" poder negociador de la parte social, reforzando su posición jurídica frente a posibles conductas antisindicales del empresario, es evidente que están funcionalizadas respecto a la actividad negocial. Se hace necesario, por tanto, desechar toda valoración subjetivista al respecto, incapaz de tener en cuenta este fundamental dato objetivo.

Ello se agrava si tenemos en cuenta que es, precisamente, el ámbito empresarial el más proclive a posibles abusos de la parte económica, y, en consecuencia, donde el mencionado refuerzo se hace más necesario para que el mantenimiento del poder negocial por parte de los trabajadores. Al mismo tiempo, ese déficit contrasta abiertamente con las tendencias actuales de política del derecho en materia de negociación colectiva. En efecto, las últimas reformas han hecho una apuesta inequívoca por la negociación descentralizada. En buena lógica, este desplazamiento del centro de gravedad de la negociación colectiva a favor del ámbito empresarial, no puede estar exento de un aumento de los mecanismos de control y protección de la actividad de los sujetos negociadores, y ello, independientemente del tipo de representación que en cada caso asuma la responsabilidad de negociar.

La articulación constitucional del derecho a la negociación colectiva tiene como finalidad proteger la esfera autonormativa de la autonomía colectiva, es decir, aquélla mediante la cual el poder colectivo encuentra su cauce de expresión normativa. Tratándose, por tanto, de una fuente material del derecho, no es admisible extraer de la CE

interpretaciones que distorsionen su naturaleza jurídica<sup>163</sup>. Las cautelas y los mecanismos protectores que la CE establece en relación con esta peculiar forma de producción normativa, sean cuales sean, deben ser los mismos en todo caso.

En conclusión, es necesario que exista una sintonía entre las líneas jurisprudenciales comentadas. De este modo, la extensión objetiva la libertad sindical más allá de su originario ámbito autoorganizativo (art. 28.1 CE), e incluyendo, entre otros, los derechos de actividad ya reconocidos constitucionalmente (huelga y negociación colectiva), aún siendo plausible, pues permite corregir el desplazamiento sistemático del derecho a la negociación colectiva fuera de la esfera de máxima protección, debe ir acompañada, para ser congruente, de la correspondiente extensión subjetiva de la misma<sup>164</sup>. De otro modo, se

---

<sup>163</sup> Como, por ejemplo, la que se deriva de llevar hasta sus últimas consecuencias la tónica instrumentalidad que se predica de la negociación colectiva respecto de la libertad sindical, con las consiguientes repercusiones a la hora de delimitar el ámbito objetivo de la tutela de la libertad sindical (así, VALDEOLIVAS GARCÍA, Las conductas lesivas de la libertad sindical, CES-MADRID, 1994; p. 39-40).

<sup>164</sup> No olvidemos que traer a colación la normativa internacional y comparada para efectuar interpretaciones integradoras del sentido de los preceptos constitucionales no es, en si mismo, un elemento determinante para llegar a conclusiones. En ningún caso, es posible efectuar extrapolaciones indiscriminadas de la realidad internacional que supongan una asunción acrítica de construcciones jurídicas que, evidentemente, hacen abstracción de nuestra específica realidad (para evitar esto, precisamentente, hemos acometido el estudio del "modelo constitucional" o "tipo jurídico estructural", que, de otro modo, sería superfluo). En este sentido, es preciso advertir que la tradicional identificación entre autonomía colectiva y libertad sindical, común en los textos internacionales y en los ordenamientos de algunos países de nuestro entorno, se debe a diversas razones. Una de ellas, es la comprensible expansión de la faceta organizativa sobre la de la actividad: la libertad sindical se reconoce para algo y, por tanto, ese "algo", se incorpora de forma inescindible al contenido de la libertad sindical. Prueba de ello es que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconocen separadamente las diversos derechos colectivos, siendo suficiente con una genérica referencia a la libertad sindical para entenderlos comprendidos. Lo que no ocurre, precisamente en el nuestro, donde aparecen separados los tres ejes fundamentales en los que se articula la autonomía colectiva. Independientemente de las razones que hayan determinado esta opción constitucional, y sin excluir entre ellas las necesidades "recalificadorias" (GIUGNI, "Negociación colectiva...", p. 65) que pudieran apremiar a nuestros constituyentes, lo cierto es que este hecho confiere una especial impronta a nuestro modelo constitucional de relaciones colectivas de trabajo que no es posible menospreciar. Máxime cuando, como es el caso, pudieran atisbarse razones de fondo, relacionadas con nuestra peculiar estructura organizativa del poder social, que justifiquen tal opción (diversa titularidad asignada a los distintos derechos derechos colectivos), solventando, al mismo tiempo, la cuestión formal de la posible redundancia del reconocimiento expreso y diferenciado que de esos derechos efectúa nuestro texto constitucional. Por otro lado, esa misma normativa



produciría un patente desajuste entre el ámbito subjetivo de la libertad sindical, según la restrictiva interpretación del TC, y el ámbito subjetivo de la autonomía colectiva, según la amplia configuración constitucional respecto de la titularidad de los derechos colectivos que la integran.

La equiparación entre libertad sindical y autonomía colectiva, si se lleva a cabo, debe ser total<sup>165</sup>. De lo contrario, sólo se consigue que los derechos colectivos (de actividad) queden como accesorios de la libertad sindical<sup>166</sup> y, por tanto, minusvalorados funcionalmente<sup>167</sup>. Si la constitucionalización de esos derechos colectivos tiene por

---

internacional, sí que hubiera sido oportuno haberla traído a colación para comprobar que la "protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa", no admite distinciones subjetivas, en base a su carácter sindical o electivo de la representación (v., al efecto, el Convenio 135 OIT, art. 3, a la sazón, ratificado por España).

<sup>165</sup> La mencionada identificación, siempre considerada desde su rentabilidad práctica, sólo sería aplicable en relación con la actuación de la autonomía colectiva en la esfera supraempresarial, donde existe una coincidencia entre el sujeto sindical, en sentido estricto, y el sujeto titular de (los derechos que integran) la autonomía colectiva en ese ámbito. En el ámbito de empresa, sin embargo, esa coincidencia subjetiva desaparece, pues los titulares de algunos de los derechos integrados en la autonomía colectiva (en concreto, el de negociación colectiva), no son sujetos sindicales en el sentido antes apuntado (es decir, el que mantiene el TC).

<sup>166</sup> De este modo, en la acepción estricta de la misma, adoptada por el TC, el fundamento jurídico de la negociación colectiva no sería otro que garantizar la actividad negocial del sindicato (LIEBMAN, op. cit., p. 117 ss.).

<sup>167</sup> Hay que tener en cuenta que la prioridad del momento autoorganizativo sólo puede aceptarse plenamente desde un punto de vista temporal, es decir, como presupuesto básico, en el tiempo, respecto del ejercicio de las facultades de autotutela y autonormación. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente funcional, no cabría establecer ningún tipo de de orden de prevalencia entre estos tres elementos estructurales, ya que, por ejemplo, tan acertado sería pensar que el sujeto colectivo no puede negociar ni hacer huelga sino está previamente organizado, como que, desde otra perspectiva, la finalidad de la organización y de la autotutela es la negociación (en este sentido, la libertad sindical estaría instrumentalizada respecto de la negociación colectiva: de este modo, "un sindicato que no contrata "se destruye a sí mismo en tanto que fuerza organizada, por cuanto que niega (o se le niega) su propia finalidad y su función específica", VALDÉS DAL-RÉ (MOMIGLIANO), "El modelo...cit, p. 26-27.; asimismo, v. MONTALVO CORREA, op. cit., p. 264-269-272); o, por último, priorizando el elemento conflictual, la organización sólo tendría sentido si proporciona capacidad para enfrentarse al poder económico, siendo la negociación una simple tregua puntual del conflicto, por esencia, siempre permanente (v. ut supra). Es preciso concluir, por tanto, que no existen prioridades funcionales entre los distintos elementos estructurales y que, por el contrario, todas integran, en igual medida el poder colectivo representado por la autonomía colectiva. La funcionalización, en su caso, sólo debe tener un significado estrictamente metodológico, es decir, sólo debe utilizarse con la finalidad de dar relevancia al objeto de análisis elegido; y nada más. Es lo que, en nuestro caso, estamos haciendo con el elemento autonormativo.

objeto articular la protección jurídica de cada uno de los elementos estructurales de la autonomía colectiva, y, como hemos visto, éstos representan sendas facultades que integran en el mismo grado el poder que aquélla representa, no es admisible la funcionalización de unas (autonormación y autotutela) respecto de otra (autoorganización), máxime si ello significa la desprotección relativa de las mismas (lo que, como hemos visto, sólo acaece con la autonormación).

**2.3.2.- La autotutela y la constitucionalización del conflicto: el reconocimiento del derecho de huelga como instrumento de integración del poder negocial.**

**2.3.2.1.- Significado del reconocimiento constitucional del derecho de huelga.**

Del mismo modo que la esfera autoorganizativa de la autonomía colectiva ha encontrado "corporeización" constitucional con el reconocimiento de la libertad sindical, la autotutela, otro de sus elementos estructurales, va a tener su peculiar consagración en el artículo 28.2 del texto constitucional. Por tanto, comparte con aquélla el nivel de protección (máximo) que le otorga tan privilegiada posición en la sistemática constitucional<sup>168</sup>. Su consideración como derecho fundamental, por otro lado, está en plena consonancia

---

<sup>168</sup> Destacando esta privilegiada "colocación sistemática", MARTÍN VALVERDE, "Regulación de la huelga en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 203.

con la entidad de la función del derecho reconocido<sup>169</sup>, y ello, a pesar de los escasos precedentes que se encuentran en derecho comparado<sup>170</sup>. En efecto, constituyendo un instrumento básico de acción sindical<sup>171</sup>, parece que haría superfluo un reconocimiento explícito y separado, ya que se integraría, junto con otros "derechos de actividad", en el llamado contenido esencial de la libertad sindical. Sin embargo, nuestro constituyente opta por su configuración constitucional como derecho fundamental distinto a la libertad sindical, lo que, como veremos, no está exento de importantes consecuencias de diversa índole.

Sin perjuicio de ello, lo que está fuera de toda duda es la trascendencia de la integración en el ordenamiento jurídico del conflicto que, de este modo, pasa de ser un simple hecho social a un instrumento jurídico en manos de los trabajadores para la defensa de sus intereses<sup>172</sup>. Este proceso de juridificación, que discurre de forma paralela al de los otros dos elementos en que se estructura el poder

---

<sup>169</sup> Sobre el significado del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, v., en relación con la experiencia italiana, CALAMANDREI, "Significato costituzionale del diritto di sciopero", RGL-52(I), p. 221 ss.; asimismo, LIEBMAN, op. cit., p. 11 ss; RAVERAIRA, op. cit., p. 102.

<sup>170</sup> Este reconocimiento, como señala DÄUBLER ("La huelga en la Constitución Española", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 83) no es una práctica muy extendida en el derecho comparado. Por otra parte, su configuración como derecho y no como libertad, es simplemente, y sin perjuicio de sus repercusiones, el resultado de una opción entre dos fórmulas alternativas comúnmente utilizadas. Como señala KANH-FREUND (Trabajo y Derecho, cit., p. 398), resaltando las peculiaridades del modelo inglés, "en otros países, y en algunos Convenios internacionales, como la Carta Social Europea (no en los Convenios de la OIT), esta libertad se expresa en términos positivos, unas veces como libertad y otras, como hacen las Constituciones francesa e italiana, como <<derecho>> de huelga. En nuestro país aparecen bajo la forma de inmunidades y, hasta hace poco, de privilegios" (mecanismos jurídicos propios de los sistemas de common law).

<sup>171</sup> RIVERO LAMAS, "La contratación...", cit., p. 36.

<sup>172</sup> MONTOYA MELGAR: "Sindicatos, convenios y conflictos colectivos: el debate constitucional", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 196., comentando, en este sentido, la opinión de VIDA SORIA en el debate sobre el art. 28.2 CE. Un análisis del significado de esta integración desde una perspectiva sociológica, en HAHN: "La sociologie du conflit", ST-3/90; p. 375 ss.; asimismo, más en concreto, DASSA: "Conflits ou négociation? Les grèves, leurs résultats et la taille des entreprises", ST-1/83; p. 32 ss.

colectivo (autonomía colectiva), tiene como objetivo dotar al sujeto colectivo de un medio de autotutela de su posición jurídica<sup>173</sup>. El análisis de su función en el contexto constitucional puede hacerse<sup>174</sup>, por tanto, desde dos perspectivas.

En primer lugar, desde un plano vertical, su fundamento último se encuentra en la cláusula del Estado social<sup>175</sup>. En efecto, su juridificación como derecho fundamental, teniendo por objeto proteger uno de los resortes esenciales de la autonomía colectiva, contribuye de forma inmediata a la realización del principio de igualdad material (9.2 CE)<sup>176</sup>, tal y como ha sido reconocido, indubitadamente, tanto por la doctrina<sup>177</sup> como por la jurisprudencia constitucional<sup>178</sup>. Su suerte, por tanto, está ligada al papel que la hermenéutica constitucionalista vaya otorgando a la autonomía colectiva<sup>179</sup>, y, en definitiva, al significado y alcance de

---

<sup>173</sup> Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ("Negociación colectiva...cit., p. 22), "el proceso de interacción en que consiste la negociación colectiva presupone unos actores que han de poder actuar libremente en ese proceso y la posibilidad de unos medios de presión".

<sup>174</sup> Sobre el carácter insoslayable de este tipo de análisis en relación con el derecho de huelga, v. MARTÍN VALVERDE: "Regulación de la huelga...cit., p. 203.

<sup>175</sup> No olvidemos que, precisamente, una de las consecuencias inmediatas de la juridificación de un hecho social (como lo es, originariamente, la huelga) es el sometimiento a los fines del ordenamiento jurídico (v. ut supra).

<sup>176</sup> No hay que olvidar que, en sentido amplio, el derecho de huelga se configura en la CE como un fundamental mecanismo reequilibrador del "innato desequilibrio" entre trabajadores y empresarios (GARCÍA NINET: "Consideraciones...cit., p. 76). En general, destacando este aspecto reequilibrador del derecho y conectándolo con la propia función del Derecho del Trabajo, cuyo objeto no es otro que "corregir cualquier desequilibrio de poderes", v. KANH-FREUND, Derecho y Trabajo, cit., p. 385.

<sup>177</sup> Para MARTÍN VALVERDE ("Regulación...cit., p. 206), no hay duda que, en conexión directa con la cláusula de Estado social, el derecho de huelga se concibe como "uno de los instrumentos básicos de la democracia económica".

<sup>178</sup> V., por todas, la STC 11/81, de 8 de abril.

<sup>179</sup> De este modo, las limitaciones que sufra el protagonismo del poder colectivo, se traducirá, inexorablemente, en una interpretación más rigurosa de los límites constitucionales del derecho de huelga (sobre estos límites, v. DÄUBLER, art. cit., p. 85).

la cláusula de Estado social<sup>180</sup>.

En segundo lugar, desde una perspectiva horizontal, su relación con los otros dos elementos estructurales, se basa en una especie interacción coordinada que tiene como resultado el sostenimiento de la autonomía colectiva. Fiel a este planteamiento teórico, la configuración constitucional del derecho de huelga no establece ningún tipo de subordinación funcional entre este derecho y los demás, ni prejuzga la preeminencia de uno sobre otros<sup>181</sup>. De este modo, es preciso matizar (como ya se hizo respecto de la negociación colectiva), el alcance de la integración de la huelga dentro del contenido esencial de la libertad sindical, por un lado, y la vinculación del derecho de huelga a través de la negociación colectiva (deber de paz), por otro.

Subyacente a ambos problemas se encuentra el discutible, pero indudable a tenor de lo dispuesto en el art. 28.2 CE, reconocimiento individual del derecho de huelga. Sin embargo, no hay que olvidar que el problema de la titularidad del derecho de huelga es inescindible de su propia función en el

---

<sup>180</sup> V., al respecto, la anteriormente comentada relación entre los valores igualdad/libertad, subyacente a la evolución (y crisis) del Estado social. En este contexto, es obvio que el derecho de huelga, como derecho colectivo integrante de la autonomía colectiva, se configura en relación con aquella dicotomía desde un doble plano. Positivo, en relación con el valor igualdad en tanto que tiende a su realización; negativo, en relación con el valor libertad, en tanto que supone una limitación del valor libertad. En este último caso, esa limitación se concreta en una restricción de la libertad del empresario. Teniendo en cuenta el sentido de esta restricción en relación con el carácter equilibrador del derecho de huelga, no cabe, a su vez una compensación de la misma, a través, por ejemplo, del establecimiento del cierre patronal. Por ello, como señala CASA BAAMONDE ("Constitución...cit., p. 6), "si el derecho de huelga consiste esencialmente en el derecho de los trabajadores a la abstención temporal del trabajo, esto es, a suspender sus contratos de trabajo, limitando así la libertad de sus empresarios, es claro que a su ejercicio no pueden oponerse derechos constitucionales del empresario que neutralicen los efectos de aquel derecho, sean <<fundamentales>> o <<cívicos>> (o infraconstitucionales)". En definitiva, "es la propia naturaleza del derecho de huelga, su eficacia no sólo frente a los poderes públicos, sino frente al empresario, la que impide su equivalencia con el cierre empresarial y que la efectividad de su ejercicio se obstaculice por el de libertad de empresa".

<sup>181</sup> Como ya hemos tenido oportunidad de subrayar, la única preeminencia posible es la que se deriva de la exigencia metodológica de colocar en el centro de análisis el objeto estudiado. Desde esta perspectiva debe entenderse la priorización en el presente trabajo del momento autonormativo y, consecuentemente, la funcionalización de las otras dos esferas.

contexto constitucional, como se desprende de lo dicho anteriormente. Teniendo en cuenta ambas premisas y, principalmente, sus repercusiones para la configuración constitucional del poder colectivo o, lo que es lo mismo, para la posición jurídica del sujeto negociador, pasemos al análisis de los problemas señalados.

#### **2.3.2.2.- Huelga y libertad sindical: los límites de la tesis del contenido esencial.**

Como hemos visto, uno de los caracteres más significativos de la configuración de los derechos colectivos en la CE es la diversa asignación de sus respectivos titulares. Como consecuencia de ello, y ésta es una de las principales peculiaridades de nuestro modelo constitucional, la determinación subjetiva de la autonomía colectiva no puede hacerse de forma restrictiva. Por el contrario, hay que tener en cuenta esa amplitud a la hora de efectuar consideraciones uniformes del poder colectivo en la CE, lo que inevitablemente sucede cuando, con buen criterio, se ponen en relación los diversos preceptos constitucionales al respecto (artículos, 7, 28 y 37).

Sin embargo, la integración dentro del contenido esencial de la libertad sindical de la huelga y la negociación colectiva, quedando configurados como derechos de acción sindical, ha provocado la plena identificación entre autonomía colectiva y libertad sindical. Esta falta de diferenciación entre la parte y el todo, ha provocado distorsiones notables en relación con la articulación de la protección del derecho a la negociación colectiva, puestas de manifiesto, de forma señalada en sucesivos pronunciamientos

del TC<sup>182</sup>. Como vimos, la causa de estos desajustes se debe a que, en dicha construcción, la libertad sindical sólo es coextensa con la autonomía colectiva en su vertiente objetiva. Al cubrir sólo la actividad sindical de los sindicatos, es decir, uno de los posibles detentadores del poder colectivo, el resto de los sujetos, a pesar de ser titulares de derechos integrados en la autonomía colectiva, no están amparados por la protección dispensada por la tutela de la libertad sindical<sup>183</sup>.

Estos efectos distorsionantes también se van a proyectar sobre el derecho de huelga, si bien en menor medida en lo que se refiere a sus consecuencias desprotectoras, debido, fundamentalmente, a la privilegiada posición sistemática que ostenta<sup>184</sup>. De no ser así, la amplia configuración de su titularidad no habría tenido correspondencia con el restringido ámbito de protección subjetiva que se le otorga a la libertad sindical. Indudablemente, aparte de otras razones de fondo<sup>185</sup>, va a ser esta peculiar<sup>186</sup> configuración

---

<sup>182</sup> V. ut supra.

<sup>183</sup> Es decir, no podrán ser sujetos pasivos de conductas antisindicales (en este sentido, v., entre otros, VALDEOLIVAS, Antisindicalidad...cit., passim.).

<sup>184</sup> Sin embargo, esta atenuación de la mencionada distorsión puede desaparecer mediante una intervención restrictiva del legislador en la regulación de la titularidad del derecho de huelga. El frustrado proyecto de ley orgánica es, en este sentido, una buena muestra de cómo es posible, vía legal, desarmonizar totalmente el régimen jurídico de los tres derechos colectivos reconocidos constitucionalmente. Un comentario sobre las consecuencias concretas de estos desajustes en, GONZÁLEZ ORTEGA, "Las formalidades del ejercicio del derecho de huelga", en el volumen colectivo Ley de huelga, ISE-MADRID, 1993; p. 45.

<sup>185</sup> Como señala KAHN-FREUND (Trabajo...cit., p. 389), "existen razones para afirmar que en cierto sentido los sindicatos surgieron de las huelgas y no a la inversa"... "una completa negación, o una restricción muy severa, de la libertad de huelga en un país puede ser indicador de que en el mismo la pretendida libertad sindical sólo existe sobre el papel. A pesar de ello, libertad de huelga y libertad sindical son cosas distintas" (p. 389).

<sup>186</sup> Es evidente que la titularidad individual constituye uno de los "rasgos institucionales propios" del derecho de huelga (CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga y Constitución...cit., p. 4). Pero también el motivo de que sea, precisamente, "una de las cuestiones más confusamente planteadas y resueltas por la doctrina y jurisprudencia" (SALA FRANCO: "La titularidad del derecho de

individual de la titularidad del derecho de huelga<sup>187</sup>, el principal obstáculo que se encuentra la integración de éste entre los derechos de acción o actividad sindical<sup>188</sup>.

Independientemente de la valoraciones que merezca esta opción<sup>189</sup>, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico, como en otros de nuestro entorno, no se ha instaurado un modelo organicista de huelga<sup>190</sup>. La inexistencia de monopolio sindical<sup>191</sup> trae, como primera consecuencia, la posibilidad de su ejercicio fuera de los límites de los derechos de

---

huelga", en Ley de huelga, cit., p. 25).

<sup>187</sup> Esta peculiar configuración jurídica posterga su dimensión colectiva a un "mero dato de hecho", que "deriva así de una coincidencia de voluntades individuales a las que, en todo caso, se hace referencia singularizada para establecer la titularidad del derecho" (GONZÁLEZ ORTEGA: "Las formalidades...cit., p. 41).

<sup>188</sup> Sin embargo, hay que tener presente la compatibilidad de esta configuración con el reconocimiento de la vertiente negativa de la libertad sindical (MARTÍN VALVERDE, "Regulación...cit., p. 202; de este modo, los dos párrafos de art. 28 CE muestran, al menos formalmente, una evidente congruencia interna. En el fondo, ello se debe a que, en realidad, ambos derechos son "de titularidad compleja", integrando, simultáneamente, una "dimensión colectiva" y otra "individual" (GONZÁLEZ ORTEGA: "Las formalidades...cit., p. 42). En derecho comparado es fácilmente advertible la inexistencia de un modelo uniforme. Como señala KANH-FREUND (op. cit., p. 388-389), a pesar de que "normalmente se asocian huelga y sindicatos, (...) no se trata de una asociación necesaria. La libertad de huelga puede ser entendida como una libertad de carácter individual o de carácter colectivo. La primera de las acepciones citadas es la que prevalece en Francia y en Italia. Por ello en estos países tiene poca trascendencia la distinción entre huelgas "oficiales" y huelgas "salvajes". En nuestro país la Industrial Relations Act ligaba ciertamente la libertad de huelga con los sindicatos, al limitarla exclusivamente a los que estuviesen registrados. El derecho vigente en Alemania Occidental considera ilegales las huelgas salvajes (p. 388-389).

<sup>189</sup> Principalmente relacionadas con las ventajas que traería consigo el llamado "gobierno sindical de la huelga" (CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga...cit., p. 2).

<sup>190</sup> De este modo, tanto en Francia como en Italia, es posible la existencia de huelgas no sindicales, lo que, a su vez, tiene correspondencia con las previsiones establecidas en el art. 6.4 de la Carta Social Europea. Sólo en Alemania nos encontramos con una sindicalización absoluta del derecho de huelga (DÄUBLER: "La huelga en la Constitución Española", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 86).

<sup>191</sup> Como corrobora la STC 11/81, de 8 de abril, la constitucionalidad del art. 3 RDLRT pasaba por el reconocimiento de la legitimidad de los sindicatos para la convocatoria de la huelga, pero "siempre que se entienda que el ejercicio del derecho de huelga, que pertenece a los trabajadores, puede ser ejercitado, por ellos personalmente, por sus representantes y por las organizaciones sindicales". Destacando el carácter extraordinariamente permisivo que, en materia de convocatoria de huelga, se deriva del régimen vigente, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Las formalidades...cit., p. 36-40.



acción sindical<sup>192</sup>, es decir, más allá del espacio acotado por la libertad sindical dentro de la autonomía colectiva.

Esta configuración de la titularidad del derecho de huelga está, por su parte, en plena consonancia con la amplitud de la titularidad del poder colectivo en la CE. De otro modo, se produciría el indeseable resultado de que titulares de otros derechos colectivos, señaladamente, del derecho a la negociación colectiva, quedasen privados de este imprescindible instrumento de autotutela<sup>193</sup>. Es obvio que, en estas circunstancias, el establecimiento de un monopolio sindical del derecho de huelga sería claramente disfuncional<sup>194</sup>, y ello con independencia de la preeminente posición del sindicato, no sólo respecto de su ejercicio, necesariamente colectivo por la naturaleza del interés tutelado, sino como titular de uno de los derechos de acción sindical<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga...cit., p. 4

<sup>193</sup> Como señala CASAS BAAMONDE ("Derecho de huelga..., cit., p. 9), "el relevante papel de las representaciones electivas en la configuración del sistema español de relaciones laborales, expresados en el reconocimiento de éstas de facultades negociales, hacía inevitable el correlativo reconocimiento instrumental de facultades conflictivas".

<sup>194</sup> Ello se debe a que supondría una ruptura del necesario paralelismo que debe observarse en el proceso de juridificación de los diversos elementos estructurales en nuestro modelo de autonomía colectiva (v. ut supra). Distinta valoración merecería este hecho, sin embargo, en relación con otros ordenamientos jurídicos donde haya quedado configurado un modelo de autonomía colectiva estrictamente sindicalizado. En estos supuestos, lo que sí devendría disfuncional (especialmente, respecto de la negociación colectiva), sería el reconocimiento individual del derecho de huelga, haciendo comprensibles (aunque no extrapolables) las críticas al respecto (v., en relación con la experiencia italiana, la argumentación de MENGONI "Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti", en *Diritto e valori*, cit., p. 307 ss.; esp. p. 310-311).

<sup>195</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA, ("Las formalidades...cit., p. 41), "el reconocimiento de una cierta dimensión o aspecto colectivo a la titularidad del derecho de huelga, más allá de su configuración como forma de manifestación externa del conflicto, no sólo no es incompatible con la titularidad individual sino que, incluso, forma parte de la propia lógica de la acción colectiva, integrando además el contenido esencial de la libertad sindical en este plano". De este modo, el debate sobre la conveniencia de que la titularidad del derecho de huelga sea individual o colectiva deviene superfluo, ya que, siendo posible la titularidad sindical del derecho, en base a su consideración como derecho de actividad integrado en el contenido esencial de la libertad sindical ex art. 28.1 CE, su configuración constitucional como derecho de titularidad individual, art. 28.2 CE, vendría a garantizar la protección del derecho frente posibles limitaciones, bien provinientes del legislador, bien de los propio sujetos colectivos (v., al respecto, CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga y

Por tanto, precisamente su función como instrumento de defensa de los intereses de los trabajadores, va a servir de parámetro para valorar sus relaciones con los otros derechos colectivos reconocidos constitucionalmente. De esas estrechas relaciones, de los límites e interacciones recíprocas que implican, se va deducir consecuencias directas o indirectas para la configuración constitucional de la negociación colectiva. Así, hemos visto que para el desarrollo de su función en el contexto constitucional se hace necesario negar que, de la relación entre huelga y libertad sindical, quepa deducir un monopolio sindical de la titularidad del derecho de huelga. Ello significaría reducir la funcionalidad del derecho de huelga en relación con la negociación colectiva, pues habría titulares del derecho a negociar que, al no serlo simultáneamente del derecho de huelga, sufrirían una considerable merma de su poder negocial, incapacitándolos, a la postre, para el ejercicio de ese derecho.

Pero la posición jurídica del sujeto negociador, o más en general, titular de la autonomía colectiva, también puede resultar afectada de aspectos que se derivan de la particular relación que entabla entre el derecho a la negociación colectiva y el de huelga. También aquí el mantenimiento de la funcionalidad de la huelga, sustentada por su peculiar configuración como derecho individual, va a servir de punto de referencia para el establecimiento de los correspondientes límites.

#### 2.3.2.3.- Huelga y negociación colectiva: el deber de paz.

Aunque las relaciones entre huelga y

---

Constitución..., cit., p. 7-8).

negociación colectiva admiten diferentes perspectivas de análisis<sup>196</sup>, hay que partir de la base de que en ningún caso puede establecerse entre ambos derechos una correspondencia unívoca que acabe con la instrumentalización de uno respecto del otro<sup>197</sup>. En la CE, la configuración del derecho de huelga no admite interpretaciones restrictivas que agoten su funcionalidad en su relación con la negociación colectiva<sup>198</sup>. La amplitud del tenor literal del art. 28.2 CE ("para la defensa de sus intereses<sup>199</sup>"), le otorgan una funcionalidad al derecho de huelga que no se corresponde con el reductivismo de un modelo típicamente contractual<sup>200</sup>. La clásica teoría de la huelga como mero complemento de la capacidad del contratante débil<sup>201</sup> es insuficiente, incluso,

---

<sup>196</sup> Así, por ejemplo, en relación con determinados sistemas de relaciones laborales, que la huelga puede servir como criterio para medir la representatividad de los sindicatos, verificada, desde esta perspectiva, por los "resultados de la acción" huelguística (refiriéndose a la experiencia francesa, v. VERDIER, "La Constitución Española, los sindicatos y el derecho sindical" en, Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 44). De esta forma, uno de los criterios para medir esos "resultados" va a ser, a la postre, la propia vinculabilidad de los acuerdos fin de conflicto.

<sup>197</sup> En este sentido, v. la crítica de MENGONI ("Il diritti e le funzioni dei sindacati...cit., p. 238) a los ensayos teóricos que tratan de buscar el fundamento de la vinculabilidad del convenio colectivo en el reconocimiento constitucional del derecho de huelga (art. 40 de la Constitución Italiana).

<sup>198</sup> Y ello, a pesar del predominio creciente de la funcionalización del conflicto respecto de la negociación colectiva, manifestación destacada de la, más general, "<<racionalización>> de la conflictividad", que dándole un carácter más "cooperativo", que se corresponde con una evidente "promoción de la actividad cooperativa del sindicato" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 350).

<sup>199</sup> Que no deben ser "profesionales" en sentido estricto. (Sobre este problema, así como sobre los términos por los que discurrió en su día el consecuente debate, v. GARCÍA NINET, "Consideraciones...cit., p. 81-82)

<sup>200</sup> En este sentido, MARTÍN VALVERDE, "Regulación...cit., p. 202. Una clasificación funcional de los diversos "modelos" de huelga, en el trabajo del mismo autor, "Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos", cit., p. 76.

<sup>201</sup> V. CALAMANDREI: "Significato costituzionale...cit., p. 236 ss. En este sentido, la huelga sería "el instrumento que el ordenamiento jurídico prevé para igualar a nivel colectivo el poder de decisión y negociación de las partes" (DEL REY GUANTER: "La aplicación...cit., p. 386). Se produciría, por tanto, una especie de delegación del Estado de su clásica función de tutela (v. CALSAMIGLIA: Kelsen...cit., p. 187-188 ss.), de manera que la sanción dejaría de ser estatal (heterotutela) para ser social (autotutela). Como señala VARDARO (op. cit., p. 81-82), la tutela estatal se dirige ahora al "reforzamiento jurídico de la subjetividad contractual del contratante débil". Siendo la huelga el medio más idóneo al efecto, la intervención del Estado debe dirigirse a la potenciación y apoyo de los medios de autotutela. Por el contrario, una intervención restrictiva

para explicar las relaciones que, en el contexto constitucional, se establecen entre huelga y negociación colectiva<sup>202</sup>.

A pesar de ello, un aspecto importante de la compleja problemática que se deduce de dicha relación, tiene que ver con el papel instrumental de la huelga respecto de la negociación colectiva y, más en concreto, con la restricción, vía legal o convencional, de ese papel. Nos estamos refiriendo al llamado deber de paz. Sin entrar a fondo en el análisis de una materia tan controvertida como la aludida<sup>203</sup>, cuya dimensión se escapa a los objetivos del presente trabajo<sup>204</sup>, enlazando con el, más amplio, de la oportunidad o no de la regulación del derecho<sup>205</sup>, sí es preciso destacar, no obstante, algunos puntos de interés subyacentes a esta problemática.

En primer lugar se planteó la duda de si era posible deducir de nuestro texto constitucional la existencia de un

---

del derecho de huelga repercute directamente en la independencia de los sindicatos al verse "privados de su principal arma de combate" (KIRCHHEIMER, op. cit., p. 31).

<sup>202</sup> En este sentido, MARTÍN VALVERDE: "Regulación de la huelga en la Constitución", en *Los trabajadores y la Constitución*, cit., p. 202, que concluye afirmando "la inadmisibilidad de la dependencia institucional del derecho de huelga respecto de la negociación colectiva".

<sup>203</sup> Supone, sin duda, un ejemplo paradigmático del anunciado "traspaso a la jurisprudencia de competencias de regulación" que se habría de derivar del "tratamiento constitucional de la huelga" (MARTÍN VALVERDE: "Regulación...cit., p. 209).

<sup>204</sup> Un ilustrativo análisis de sus elementos concomitantes, en AUBERT: "Les conventions collectives et la paix du travail en Suisse", RIT-3/89; p. 411 ss.

<sup>205</sup> Y, consecuentemente, de la idoneidad de las fórmulas autónomas frente a las heterónomas (v., al respecto, MARTÍN VALVERDE, "Regulación...cit., p. 209-210), una vez solventada la duda de si la reserva de ley, además de vincular al poder reglamentario, podría oponerse frente a potenciales regulaciones vía negociación colectiva (CASAS BAAMONDE, "Constitución...", p. 3) Sobre la disyuntiva autorregulación/heterorregulación, v. MAZZOTTA: "Le regole dello sciopero fra autonomia ed eteronomia", RGL-89(I), p. 61 ss.; D'ANTONA: "La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale", RGL-89(I); p. 9 ss.

deber de paz inmanente de carácter absoluto<sup>206</sup>. Tras algunos titubeos iniciales en torno a su hipotética deducción de la expresión "fuerza vinculante" contenida en el art. 37.1 CE<sup>207</sup>, hoy día la ausencia de dicho deber de paz en nuestro ordenamiento constituye una opinión asentada en nuestra doctrina<sup>208</sup>

Por otro lado, sin embargo, de la CE no se deduce la imposibilidad legal de establecer un deber de paz relativo, es decir, límites al ejercicio del derecho de huelga vinculados a la existencia de un convenio y, con más o menos matices, a su contenido. En todo caso, es preciso advertir que se trataría de una limitación al ejercicio del derecho dirigida exclusivamente a los sujetos colectivos y, por lo tanto, no vincularía a los trabajadores individualmente considerados, a los que la CE les reconoce, de forma inequívoca, la titularidad del derecho<sup>209</sup>.

De este modo, la intervención de la ley, si bien hace posible esa limitación, no sería idónea para habilitar a los

---

<sup>206</sup> Esta construcción que, tiene su origen en la doctrina alemana (v. HUECK-NIPPERDEY, op. cit., p. 316), contempla el deber de paz como una parte (obligacional) necesaria del convenio que no requiere, por tanto, pactación expresa (un resumen de esta teoría en RAMOS QUINTANA, El deber de paz laboral (su regulación en la Ley y en el Convenio colectivo), CIVITAS-MADRID, 1993; p. 24 ss.).

<sup>207</sup> Un resumen de los términos por los que discurrió esta polémica doctrinal, así como sus protagonistas, en VALDÉS DAL-RÉ, "El modelo español...cit., p. 33-37.

<sup>208</sup> En la actualidad, la referencia de dicha expresión a la eficacia normativa de los convenios, es un criterio compartido por la casi totalidad de la doctrina iuslaboralista (sobre el tema, v. BAYLOS GRAU, Derecho del huelga y servicios esenciales, TECNOS-MADRID, 1988, p. 137 ss.). Mayor diversidad encontramos, no obstante, en el alcance asignado a la misma (sobre la polémica suscitada al respecto, v. infra, 3).

<sup>209</sup> Destacando este dato, común, por otra parte a "la tradición jurídica de los países latinos", BAYLOS GRAU: Derecho de huelga...cit., p. 136. Es evidente que la regulación del deber de paz está directamente en función de la articulación jurídica de la titularidad del derecho de huelga, siendo este dato fundamental la clave para entender las diferentes regímenes jurídicos en derecho comparado (v., al respecto, MENGONI, "Il contratto collettivo...cit., p. 278-279). Sobre las "amplias diferencias de regulación" del derecho de huelga, v. KAHN-FREUND, op. cit., p. 399.

sujetos colectivos para afectar a un derecho fundamental reconocido individualmente<sup>210</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico, este deber legal de paz está recogido en un precepto preconstitucional, el art. 11.c del RDLRT, cuya constitucionalidad, sin embargo, está admitida<sup>211</sup>, aunque con un alcance nada claro<sup>212</sup>. Siendo la función específica de este deber legal de paz otorgar estabilidad al convenio colectivo, tal y como se deduce de algunos preceptos del Título III del ET, es preciso ponderar este dato a la hora de valorar, desde un punto de vista funcional, las potenciales limitaciones al derecho de huelga<sup>213</sup>.

La teoría de la indisponibilidad colectiva de los derechos individuales va a adquirir mayor relevancia, sin embargo, en relación con los llamados "pactos de paz"<sup>214</sup>. Es

---

<sup>210</sup> De este modo, tratándose de "un derecho fundamental de carácter subjetivo, éste es irrenunciable" (BAYLOS GRAU, Derecho de huelga...cit., p. 137).

<sup>211</sup> En general, sobre el alcance de la doctrina contenida en la STC 11/81 de 8 de abril (F°J° 14), v. BAYLOS GRAU, Derecho de huelga...cit., p. 142-143; RAMOS QUINTANA, op. cit., p. 50 ss. Como resume esta autora, la relatividad del deber legal de paz se concreta en que se entiende "referido a las materias previstas en el convenio y durante todo el tiempo de su vigencia (...) también por cuanto afecta únicamente a los conflictos económicos, quedando excluidos los jurídicos y porque permite utilizar la huelga como instrumento de presión ante incumplimientos empresariales" (p. 52-53). Asimismo, tampoco sería ilícita la huelga para presionar la apertura de negociaciones "cuando se produzca un cambio radical y absoluto de las circunstancias que rodearon la estipulación del convenio, aplicación de la cláusula rebus sic stantibus" (BAYLOS GRAU, op. ult. cit., p. 142).

<sup>212</sup> Poniendo de manifiesto, en general, lo forzado de la argumentación contenida en la STC 11/81 de 8 de abril, BAYLOS GRAU, Derecho de huelga...cit., p. 140 ss.

<sup>213</sup> En definitiva, sin que se llegue a reconocer una subordinación funcional de la huelga respecto de la negociación colectiva, lo cierto es que "la negociación colectiva constituye el medio idóneo para cumplir la función de realización de intereses colectivos enfrentados", por ello "se privilegia el instrumento del convenio y se incentiva la función de las organizaciones representativas de los trabajadores ordenadas al equilibrio de los intereses en juego, y en este contexto, la figura de la huelga constituye un medio para reequilibrar las posiciones de las partes con fuerza económica desigual". En definitiva, "la predilección por <<lo estático>> del convenio lleva consigo limitaciones a <<lo dinámico>> de la huelga, que se cifran tanto en el establecimiento del deber de paz relativo como en la admisión de las cláusulas de paz" (BAYLOS GRAU, Derecho de huelga...cit., p. 143).

<sup>214</sup> Sobre el tema v., especialmente, RAMOS QUINTANA, op. cit., p. 55 ss.; MATÍA PRIM: "Negociación colectiva y derecho de huelga. Los pactos de paz", RL-19/93; p. 7 ss.

aquí donde se va a poner de relieve de forma específica la relación entre los derechos de negociación colectiva y huelga, ahora sin mediación legal alguna que interfiera el análisis, constitucionalmente contextualizado, de aquella relación<sup>215</sup>.

Para ello, no obstante, hubo que superar el escollo (formal) que representaba su diferente posición sistemática en la CE. La consecuente diversidad de protección que gozaba uno y otro se traducía en una categorización que hacía prevalente al derecho de huelga (derecho fundamental) frente al derecho de negociación colectiva (derecho cívico). En base a ello, las primeras tendencias jurisprudenciales<sup>216</sup> mantenían la imposibilidad de que, por medio de la negociación colectiva quedase vinculado el derecho de huelga. Su corrección posterior, mediante la relativización de las diferencias entre los derechos fundamentales reconocidos en la CE<sup>217</sup>, propició una interpretación con capacidad integradora del reconocimiento constitucional de ambos derechos<sup>218</sup>. De este modo, hoy día no se discute la posibilidad de incorporar estos pactos de paz a los convenios colectivos, sin que para ello sea óbice la configuración jurídica del derecho de huelga como de titularidad

---

<sup>215</sup> El art. 8.1 RDLRT sólo se limita a recoger la posibilidad, siempre abierta, de la renuncia colectiva del derecho de huelga, cuya constitucionalidad se asienta sobre la base del carácter temporal y transitorio de la misma y, principalmente, sobre el hecho de que es el ejercicio colectivo del derecho lo que es susceptible de compromiso, siempre, claro está, que haya compensaciones (BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga...cit.*, p. 140).

<sup>216</sup> Reflejadas de forma señalada en la STC 11/81 (f.j. n° 22).

<sup>217</sup> En el ámbito iuslaboralista, estas tesis constitucionalistas tuvieron reflejo en las importantes sentencias 58 y 98/85, 217/91 y 53/93, que reconocieron la posibilidad de la regulación, vía convenio colectivo, de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.

<sup>218</sup> CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga...cit.", p. 4-5.

individual<sup>219</sup>. Por otra parte, el hecho de que la renuncia al ejercicio sea temporal y que se pueda pactar a cambio de compensaciones, convierte a estos pactos en verdaderas transacciones que, en consecuencia, encuentran en los convenios colectivos su cauce más idóneo<sup>220</sup>.

En conclusión, la negociación colectiva se muestra como un cauce comparativamente más adecuado que la ley para el establecimiento de limitaciones al derecho de huelga. La titularidad individual, constituyendo una fuerte garantía frente al establecimiento legal de limitaciones colectivas, se conjuga mejor, sin renuncia de su papel, con la regulación pactada de esas limitaciones<sup>221</sup>. Por otra parte, esta solución es mucho más coherente con la propia funcionalidad del derecho de huelga, en tanto que derecho colectivo llamado a proteger una de las esferas integrantes de la autonomía colectiva. En este contexto, los pactos de paz suponen, en definitiva, la disponibilidad por los propios sujetos colectivos de su propio poder de autotutela en beneficio de su poder autonormativo<sup>222</sup>.

### 2.3.3.- La autonormación como cauce de expresión

---

<sup>219</sup> Como señala MATÍA PRIM ("Negociación colectiva...cit.", p. 46), "unas relaciones laborales desarrolladas y un reconocimiento adecuado del poder de regulación de los sindicatos no pueden excluir la capacidad real y eficaz del establecimiento en convenio de tales cláusulas". No en vano, hay que tener presente que la ineficacia de esta cláusulas "no conduce al incremento sino a la reducción de aquel poder de regulación".

<sup>220</sup> BAYLOS GRAU, Derecho de huelga...cit., p. 141. De este modo, el convenio colectivo se convierte en el "continente institucional adecuado de estos pactos de paz" (CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga y Constitución...cit.", p. 9).

<sup>221</sup> Hay que tener en cuenta que "una defensa a ultranza de la no vinculatoriedad de las cláusulas de paz se opone a una valoración real de la función de la autonomía colectiva y limita la capacidad real de regulación de las relaciones de trabajo" (MATÍA PRIM, "Negociación colectiva...cit.", p. 47).

<sup>222</sup> Desde este punto de vista, la autorregulación del derecho del huelga (v. sobre el tema, BAYLOS GRAU, Derecho de huelga...cit., p. 143 ss.) supondría el corolario definitivo de esta línea de tendencia.



de la autonomía colectiva.

### 2.3.3.1.- El derecho a la negociación colectiva como "garantía institucional".

La plasmación constitucional de la estructura tridimensional de la autonomía colectiva va a tener, en el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), su definitiva y más peculiar manifestación. Concebida la esfera de autonormación como uno de los elementos estructurales del poder colectivo, su juridificación, sin embargo, ha estado conectada tradicionalmente al reconocimiento de la libertad sindical. Formalmente, por tanto, se configuraba como una facultad integrada, de manera inescindible, en aquél derecho. Hoy día, sin embargo, parece que las líneas de tendencia apuntan hacia un reconocimiento diferenciado de ambos derechos<sup>223</sup>, sin que ello suponga cuestionar su evidente conexión.

Independientemente de los avatares por los que atraviase su formulación positiva, en un plano estrictamente dogmático, no hay duda acerca de la posibilidad de descubrir los rasgos propios de esta esfera autornormativa, y, en consecuencia, de aislarla conceptualmente respecto de las otras dos (autoorganización y autotutela) que integran la autonomía colectiva. De este modo, a pesar de su rareza<sup>224</sup>,

---

<sup>223</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ("La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional", RL-7/92; p. 2), comentando las previsiones al efecto contenidas en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales.

<sup>224</sup> Al parecer, propia de los textos constitucionales elaborados en etapas de transición desde el fascismo a la democracia. De este modo, la peculiaridad de su reconocimiento en las Constituciones de Portugal, Italia y España, tendría como objeto la "necesidad de definir un nuevo rol de la negociación colectiva en el recuperado sistema de libertad sindical", ya que "no es posible salir de un sistema corporativo sin recalificar la negociación colectiva en el ámbito de los principios del nuevo régimen" (GIUGNI: "Negociación colectiva en el ordenamiento

no hay nada que objetar al reconocimiento, específico y diferenciado, del derecho a la negociación colectiva en nuestro texto constitucional<sup>225</sup>.

La finalidad última de este reconocimiento no es otra que la de otorgar relevancia constitucional y, consecuentemente, tutela jurídica cualificada, a esta importante faceta de la autonomía colectiva<sup>226</sup>. Con este hecho se completa la articulación de la protección jurídica del poder colectivo en la CE, lo cual es ilustrativo de su privilegiada posición en la estructura organizativa de nuestro ordenamiento jurídico<sup>227</sup>. La negociación colectiva, como cauce de expresión de ese poder colectivo, encuentra su

---

constitucional", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 65). Ahora bien, se caería en un puro formalismo si se pensara que el reconocimiento constitucional es suficiente para la existencia de un sistema de negociación colectiva. Son otras las variables (y no estrictamente de índole jurídica) a tener en cuenta.

<sup>225</sup> En general, la doctrina iuslaboralista española valoró muy positivamente este reconocimiento (v., entre otros, MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit., p. 160; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La negociación colectiva en la Constitución de 1978", en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, CEC-MADRD, 1980; p. 342).

<sup>226</sup> Tanto es así que, podría pensarse que el fin último del reconocimiento constitucional de los derechos colectivos (principalmente, libertad sindical y huelga) es el reforzamiento de la posición (social y) jurídica de los sujetos colectivos, convirtiéndolo en sujetos con capacidad (social y) jurídica de negociar (sobre las conexiones entre posición social y posición jurídica, v. ROBLES, op. cit., p. 147). Sin perjuicio de ello, está claro que, como faceta que integra el poder que representa la autonomía colectiva, su reconocimiento constitucional supone, asimismo, un recorte a la esfera de poder (de facto) del empresario (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit., p. 144). Como señala VALDÉS DAL-RE ("El modelo...cit., p. 22), una vez aislado en momento negocial dentro de la autonomía colectiva, "en tal sentido, el derecho a negociar constitucionalmente garantizado incluye toda actividad precisa para actualizar ese poder autónomico colectivo: organizaciones sindicales, comunicaciones entre negociadores y trabajadores o empresarios afestados por la negociación, utilización por parte de los trabajadores de medios de presión en apoyo de la negociación iniciada, etc".

<sup>227</sup> Caracterizada así la negociación colectiva como fuente en la CE, queda meridianamente clara la improcedencia de su conexión, a efectos de fundamentar la legitimación negociadora de los representantes unitarios (v. ut supra, la línea jurisprudencial que se constata al respecto) con el fenómeno de la participación en la empresa (art. 129.2 CE). La participación, así concebida, no es una manifestación de acción colectiva de la que pueda extraerse algún tipo de proyección normativa. Ni es ese su objeto, ni si lo fuera, podría hablarse propiamente de participación como algo distinto de negociación (v. infra, Cap. IV.2.3.1.1). De este modo, conectar el poder normativo de los representantes unitarios con la participación en la empresa es, aparte de un propósito que sólo engendra confusión, un modo de devaluar el propio significado de la negociación colectiva como fuente.

lugar en el sistema de fuentes materiales del derecho. Como ya se ha expuesto, configurada como manifestación de un poder normativo competidor al del Estado, la articulación de su protección debe tener por objeto el establecimiento de una serie de mecanismos capaces de limitar las, de otro modo, inevitables, inferencias del poder estatal<sup>228</sup>.

Tradicionalmente, la protección frente al Estado ha tenido como punto de referencia obligado a la dogmática de los derechos fundamentales. Fiel a esa tradición, en nuestro texto constitucional, como ocurría con los otros dos derechos colectivos, el de negociación colectiva va a adoptar la forma de un derecho fundamental<sup>229</sup>. Sin embargo, a diferencia de aquéllos, su posición sistemática en el texto constitucional (Sección 2ª del Capítulo II del Título I) no le va a conferir el status de los derechos fundamentales que gozan de una protección privilegiada (los de la Sección 1ª: recurso de amparo ante el TC y procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, art. 53.2 CE; además, sólo pueden ser desarrollados por Ley Orgánica, art. 81 CE). Aunque hubiera sido más correcto, y no sólo desde un punto de vista sistemático<sup>230</sup>, su inserción conjunta en un mismo precepto y, de este modo, haber evitado potenciales distorsiones interpretativas, no hay que sacar consecuencias

---

<sup>228</sup> V., *ut supra*, lo dicho acerca del carácter omnimodo de este poder, así como de su natural tendencia a la integración o anulación de cualquier otro competidor.

<sup>229</sup> Y ello con independencia del alcance del contenido del propio derecho (v. *infra*), que puede dar lugar a calificaciones de diversa índole, desde aquéllas que consideran que estamos ante un verdadero "derecho del ciudadano" (ALONSO OLEA), a otras que cuestionan su propia cualificación como tal derecho, ante la inexistencia de un correlativo deber (constitucional) de negociar, considerándolo, más bien, una mera "facultad" (SUÁREZ GONZÁLEZ) (un resumen de esta polémica, en RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La negociación colectiva...cit.", p. 346-347, n. 11).

<sup>230</sup> En un plano material, como elementos funcionalmente integrados en la autonomía colectiva, resulta evidente su conexión lógica, así como la ausencia de relaciones de jerarquía o subordinación entre ellos (v. *ut supra*).

relevantes de la opción del constituyente<sup>231</sup>. Sin entrar en las razones de fondo que motivaron esta opción<sup>232</sup>, lo cierto es que la naturaleza del derecho a la negociación colectiva casa mal con la tradicional doctrina constitucionalista de los derechos fundamentales. Y ello, no sólo por configurarse como un derecho de titularidad colectiva, sino, y principalmente, por su contenido, de difícil homologación entre los técnicamente llamados "derechos" o "libertades"<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> Sin perjuicio de las garantías procesales apuntadas, esta claro que todos los derechos colectivos (al estar integrados en el Capítulo II) gozan del umbral mínimo de protección frente al poder legislativo, constituido por el necesario respeto de su contenido esencial (art. 53.1 CE). Por eso, como pone de relieve la doctrina constitucionalista, la separación entre derechos "cívicos" y derechos "fundamentales" carece de relevancia dogmática, siendo una tendencia generalizada la identidad de todos los derechos fundamentales reconocidos en la CE (v., al respecto, CASAS BAAMONDE, "Derecho de huelga...", cit., p. 5, que pone de relieve, de este modo, la superación de la diferenciación contenida en la STC 11/81, de 8 de abril, así como sus consecuencias en orden a avanzar en una interpretación integradora del art. 28 y 37 CE).

<sup>232</sup> Un resumen de las mismas en VIDA SORIA, "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en Estudios en memoria del profesor G. Bayón Chacón, cit., p. 621 ss. Para este autor, las razones de la no inclusión del art. 37 en la Sección 1ª fueron las reticencias suscitadas en torno a una eventual mayor relevancia constitucional del cierre patronal que se contemplaba implícitamente en el párrafo 2º de dicho artículo.

<sup>233</sup> Su ubicación en la sistemática constitucional no va a tener, por tanto, repercusión cualitativa alguna a estos efectos. Como señaló taxativamente el TC (S. de 20 de diciembre de 1982), "no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 al 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo "vinculan a todos los poderes públicos". Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley, y la necesidad de que éste respete su contenido esencial implican que tales derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos" (las cursivas son nuestras). Por otra parte, sacar consecuencias sustantivas de la distinción entre "derechos fundamentales" (identificados con los de la sección primera) y "derechos cívicos" (en referencia a los de la sección segunda), supone incurrir en un claro error, que tiene por base un planteamiento forense de la cuestión. La apertura de la vía del amparo constitucional sólo en relación con los primeros en nada afecta a la cualificación dogmática de los segundos. Como es obvio, desde un punto de vista sustantivo, no sería posible efectuar una jerarquización entre los derechos contenidos en una u otra sección del capítulo II. Por ello no son justificables las diferencias de matiz que, en relación con los límites que debe observar el legislador, se establecen en función de si se trata, bien, del derecho de huelga o de libertad sindical (art. 28 CE: sección primera, capítulo segundo), o bien, del derecho a la negociación colectiva (37.1 CE: sección segunda, capítulo segundo). No hay que olvidar que la distinción en la ubicación sistemática quizás se deba a la mayor susceptibilidad de los primeros de ser protegidos en amparo, ya que al estar configurados como derecho subjetivos individuales, su configuración es homologable a los clásicos derechos fundamentales. El derecho a la negociación colectiva, por el contrario, se aparta de esta nota. Haciendo abstracción de la difícil identificación de su contenido material (debido a que, como hemos visto, se trata del reconocimiento de una fuente del derecho), su titularidad colectiva ("representantes") suscita importantes problemas para la articulación procesal de su protección. En lo que aquí interesa, ambos tipos de derechos oponen la misma resistencia a la intervención del legislador, ya que las limitaciones que este deberá observar gozan de idéntica intensidad en uno y otro caso. Solo es admisible alguna matización en relación con los "principios rectores de la política social y económica" (art. 39-52 CE), cuya directa

Ha sido precisamente este hecho el que ha motivado su calificación como "garantía institucional"<sup>234</sup>. De ello, sin embargo, no se deriva una "descalificación" o "degradación" que conlleve repercusiones respecto a su protección<sup>235</sup>. Antes al contrario, esta construcción no es otra cosa que un recurso técnico, cuyo objeto era solventar el agudo problema que suponía la aplicación de las tradicionales mecanismos protectores de los derechos fundamentales (reserva de ley y respeto del contenido esencial) a los nuevos contenidos

---

aplicación necesita del auxilio legal (así, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La Constitución...cit., p. 44).

<sup>234</sup> En este sentido, se pronuncian DE OTTO PARDO ("La regulación de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en MARTÍN RETORTILLO/DE OTTO PARDO: Derechos fundamentales y Constitución, CIVITAS-MADRID, 95 ss.; esp. p. 99; entre la doctrina iuslaboralista, esta construcción ha encontrado la explícita adhesión de RODRÍGUEZ-PIÑERO ("La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional", RL-7/92, p. 1 ss.) y, posteriormente, de MERCADER UGUINA (Estructura de la negociación colectiva...cit., p. 89). De procedencia alemana, esta controvertida categoría jurídica fue introducida en nuestro país por PAREJO ALFONSO, con motivo de un estudio sobre las autonomías locales (en concreto, Garantía institucional y autonomías locales, IEAL-MADRID, 1981). Desde entonces, ha sido utilizada por el TC, con mayor o menor fortuna, para resolver problemas relacionados con la especial configuración jurídica de determinados derechos del Capítulo II, Título I, de la CE, y ello, indistintamente de su ubicación en la Sección 1ª ó 2ª del dicho Capítulo (así, v., entre otras, la STC 26/87, de 27 de febrero, en relación con el art. 27; la STC 83/84, art. 36; la 86/82, art. 20). De ahí que no puedan ser definidas, ni siquiera desde una perspectiva formal, por su oposición a los "derechos fundamentales" (entendiendo por éstos los integrados bajo el rótulo de la Sección 1ª). Como señala BAÑO LEÓN ("La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", REDC-24/88, p. 155 ss.), la causa del extendido error de oponer derecho fundamental y garantía institucional "radica en partir de una idea intemporal y unilateral de los derechos fundamentales" (p. 156), concluyendo que, más bien, "la idea de garantía institucional puede contrastarse con la de derecho subjetivo, no con la de derecho fundamental" (p. 170). En conclusión, "la noción derecho fundamental puede englobar sin dificultades a las otras dos restantes; derechos subjetivos y garantías institucionales pueden ser derechos fundamentales cuando la Constitución así lo reconoce" (p. 171).

<sup>235</sup> En este sentido, DE OTTO, "La regulación...cit., p. 100. Sobre el significado de esta construcción, cuyo origen está en la clasificación tipología efectuada por SCHEUNER (v., al respecto, RUBIO LLORENTE, "La Constitución como fuente del Derecho", cit., p. 62 ss.), y su irrelevancia sustancial a efectos de la intensidad de protección del derecho, suponiendo tan sólo una modalización de la misma. De este modo, de la configuración formal del contenido del art. 37 CE como garantía institucional no es posible extraer consecuencias relevantes que, de algún modo, pudiesen alterar los infranqueables límites que aquél proyecta sobre el legislador. Las garantías institucionales se prevén, precisamente, para "aquellas normas que persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas, cuyo mantenimiento no engendra derechos subjetivos en favor de los individuos, pero cuya erosión sí viciaría de inconstitucionalidad cualquier ley" (p. 68).

asumidos<sup>236</sup>.

La "atipicidad" del derecho a la negociación colectiva, donde propiamente no hay un derecho subjetivo identificable sino, más bien, una institución que necesita ser preservada frente al Estado, ha puesto de relieve su especial susceptibilidad de ser configurado como garantía institucional<sup>237</sup>. En este sentido, se puede apreciar la inadecuación de la técnica de la reserva de ley para la protección del contenido del art. 37.1 CE. En efecto, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina especializada, no existe propiamente una reserva de ley respecto de ese contenido<sup>238</sup>, de manera que, como acontece con toda garantía institucional, es inaplicable, también respecto al mencionado precepto<sup>239</sup>, la previsión contenida en el art. 53.1 CE. En todo caso, lo que habría sería una reserva legal de la doble garantía (derecho a la negociación y fuerza vinculante de los convenios), pero no del contenido de lo garantizado<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> En este sentido, BAÑO LEÓN (art. cit., p. 170-171) destaca la tendencia de los textos constitucionales a reconocer como derechos fundamentales, no sólo derechos públicos subjetivos, sino además garantías institucionales que "también aseguran la pervivencia de ciertas instituciones". La diferencia básica entre uno y otro está en que "mientras que el derecho subjetivo atribuye un poder al individuo para su ejercicio y defensa, la garantía institucional implica la protección de una determinada organización, no en la forma de un *statu quo*, sino en el respeto de sus rasgos esenciales, tal y como se configuran históricamente (dinámicamente)".

<sup>237</sup> Lo que, más que poner en duda su carácter de derecho fundamental, subraya el carácter poliédrico de éstos. Así, sería plenamente aplicable a la negociación colectiva, como uno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, la caracterización de éstos como "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional" (STC de 14 de julio de 1981; destacando esta "función objetiva" de los derechos fundamentales, v. BAÑO LEÓN, art. cit., p. 175 y 179).

<sup>238</sup> En este sentido, DE OTTO, "Regulación...cit., p. 99.). Para este autor, por esa razón "tampoco opera en las garantías institucionales la garantía del contenido esencial". En contra, BAÑO LEÓN (art. cit., p. 179), que considera que "la distinción dentro de los derechos fundamentales de <<derechos>> y <<garantías institucionales>> tiene muy poca utilidad si con ella se pretende construir dos regímenes jurídicos diferenciados".

<sup>239</sup> Y ello sin perjuicio de que, por su posición sistemática (Capítulo II del Título I), no habría ningún motivo para tal exclusión.

<sup>240</sup> En relación a esta distinción y, haciendo una referencias específica al art. 37.1 CE, v. DE OTTO PARDO, "La regulación...cit., p. 99.

Sin perjuicio de la rentabilidad teórica de este ensayo constructivo (y ello, haciendo abstracción de la controversia que rodea al propio concepto de garantía institucional), es evidente que la naturaleza constitucional del derecho a la negociación colectiva difiere sobremanera de la de los otros dos derechos colectivos y, en consecuencia, su protección se debe articular sobre presupuestos bien distintos<sup>241</sup>.

Como quiera que la protección jurídica del derecho a la negociación colectiva tiene por objeto limitar los excesos de una intervención estatal desmedida y, por tanto, que acabara desvirtuando su propio reconocimiento constitucional, es necesario, como presupuesto, delimitar el contenido del art. 37.1 CE. Sólo así tendremos un marco de referencia para valorar los límites de la ley a la hora de desarrollar el precepto. Sin embargo, esta cuestión no es nada fácil, toda vez que, por un lado, en el art. 37.1 CE se establece un mandato al legislador dirigido a garantizar el derecho, lo que se concreta en el aseguramiento de la necesaria funcionalidad de la institución<sup>242</sup>; pero por otro, es precisamente la intervención legal la que puede dar lugar a potenciales disfuncionalidades de la misma. Este doble papel de Estado (garante y potencial conculcador) dificulta sobremanera la determinación del contenido del derecho a la

---

<sup>241</sup> Hay que resaltar que desde la perspectiva de la protección jurídica, la garantía institucional se adecua bastante a las exigencias planteadas por el derecho a la negociación colectiva configurado en el art. 37.1 CE. Como ha señalado la doctrina especializada (PAREJO ALFONSO: Garantía institucional...cit., p. 31 ss.; JIMÉNEZ-BLANCO: "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en Estudios sobre la CE. Homenaje al profesor García de Enterría. T. II; CIVITAS-MADRID, 1991; p. 635 ss., esp. p. 637-638), son tres los órdenes a considerar para analizar el despliegue del efecto protector de la garantía institucional. En primer lugar, su dirección ("Schutzrichtung"): frente al legislador. En segundo lugar, su intensidad ("Schutzdichte"): se contrae al núcleo esencial, determinable históricamente, lo que evita su petrificación. En tercer lugar, su dimensión temporal ("Zeitlicher Schutzstrckung"), que permite proteger a la figura, no tanto de ataques frontales, sino de medidas sucesivas acumuladas.

<sup>242</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La negociación colectiva..."cit., p. 347.

negociación colectiva y, en consecuencia, los límites de la actuación estatal. Desde estos presupuestos hay que analizar, por tanto, el contenido del art. 37.1 CE.

#### 2.3.3.2.- El contenido del artículo 37.1 CE.

El reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como fuente del derecho se traduce, en el plano formal, en el establecimiento de un doble mandato al legislador. La polémica suscitada en torno al significado y alcance del art. 37.1 CE ha tenido como centro de análisis este doble mandato que integra el precepto<sup>243</sup>. Para afrontar esta dificultad analítica, el primer paso es, sin duda, transcender el propio contenido formal del art. 37.1 CE y situar la institución que allí se regula en su contexto constitucional. Esto significa, principalmente, que es preciso conectarlo con el resto de los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente, y, en definitiva, con otros preceptos que se refieren a la conformación de la autonomía colectiva en la CE. En efecto, sólo mediante la determinación de su función institucional en el marco del reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, es posible efectuar la mencionada operación delimitadora<sup>244</sup>. Precisamente este dato, su función como cauce de expresión normativa del poder colectivo (autonomía colectiva), es decir, como fuente del derecho en sentido propio, es el que debe determinar cualquier ensayo interpretativo del contenido del art. 37.1

---

<sup>243</sup> Sobre el tema, v. MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit.", p. 160.

<sup>244</sup> En este contexto, habrá que poner de relieve que la autonomía colectiva, como poder, se define por oposición al poder legislativo (v. *ut supra*, Cap. II.2.3.1). Consiguientemente, la posición relativa de la negociación colectiva como fuente en el ordenamiento jurídico, dependiendo de aquella relación subyacente, se va a definir, en negativo, por la extensión ocupada por la ley.



CE. La posterior articulación de su protección, se haga o no mediante el ardid técnico de la garantía institucional, deberá de tener en cuenta este presupuesto<sup>245</sup>.

No es difícil observar que parte de la problemática<sup>246</sup> provocada por la dicción literal del precepto tiene como base el hecho, bastante común, de no haber dado suficiente relevancia a este dato fundamental. El estudio formal de cómo ha quedado plasmado en nuestro texto constitucional el reconocimiento del poder autonormativo de los sujetos sociales es, sin duda, importante para establecer las directrices que han de regir la articulación de su régimen jurídico y, principalmente, los mecanismos de protección de la institución. Pero, en ningún caso, ello debe llevarnos a prescindir de su naturaleza ni, en consecuencia, del significado de su reconocimiento constitucional.

Partiendo de estos presupuestos, lo primero que hay que advertir es que, independientemente del elenco de cuestiones que se puedan derivar del contenido art. 37.1 CE<sup>247</sup>, el doble

---

<sup>245</sup> En este sentido, vaya como adelanto que su configuración como garantía institucional no obstaculiza este análisis contextualizado de su protección. Antes al contrario, al presuponer este tipo de contrucciones la existencia de una conexión entre aquéllas y derechos subjetivos reconocidos en la Constitución (DE OTTO, "La regulación...cit., p. 100), lo hace inevitable. De este modo, la protección de la negociación colectiva se va a fortalecer por su conexión con el derecho de huelga y la libertad sindical, en la medida que la violación de aquélla suponga, simultáneamente, una vulneración de cualquiera de éstos. Pero trascendiendo esta vinculación inmediata, el fundamento de la protección y, por tanto, su articulación jurídica, debe conectarse con su función en la realización del principio constitucional de autonomía colectiva del modo en que aquí ha sido concebido (es decir, como subprincipio jurídico, v. *ut supra*). Sólo así podrán evitarse soluciones forzadas que vinculen su protección, bien a la libertad sindical, bien al derecho de huelga, y que, a la postre, mediante una evidente confusión de planos, terminan haciendo derivar la fundamentación dogmática de la negociación colectiva de cualquiera de estos derechos (lo que es más común en relación con la libertad sindical, pero también ha ocurrido respecto de la huelga; v., en sentido crítico frente a este último tipo de ensayos, MENGONI, "Il contratto collettivo...cit., p. 278).

<sup>246</sup> Que, sin duda, ha sido "rica y compleja" (VALDÉS DAL-RÉ: "El paradigma...cit., p. 112-113).

<sup>247</sup> PALOMEQUE LÓPEZ ("La negociación colectiva en España, 1978-1979. De la Constitución al Estatuto de los Trabajadores", RPS-135/82; p. 7 ss.) llega a distinguir "hasta cinco cuestiones de carácter básico". Tales son: "1) naturaleza y carácter del derecho a la negociación colectiva; 2) función de garantía del derecho atribuida a la ley (...); 3) identificación de los agentes negociadores

mandato que se dirige al legislador tiene como única finalidad asegurar la funcionalidad de la fuente colectiva. Lo que ocurre es que dicho objetivo sólo se consigue actuando simultáneamente sobre dos planos distintos, precisamente aquéllos en los que se desglosa el estudio de toda fuente del derecho. Estos dos planos son, según hemos visto<sup>248</sup>, el de la creación y el de la aplicación jurídicas. En el primero, se determinan las condiciones de validez de la norma jurídica, lo que se concreta en el establecimiento de un sistema concreto de normas sobre la producción jurídica (NSP). En el segundo, por su parte, se efectúa una concreción y aseguramiento de la eficacia que ha de desplegar cada una de las manifestaciones (fuentes formales) derivadas de aquel poder normativo (fuente material).

Tanto uno como otro aspecto va a depender, en su configuración final, de la posición que ocupe, en el contexto del sistema jurídico, el poder del que trae causa. En relación con la negociación colectiva (fuente material), se puede decir que su posición en el sistema de fuentes y, en última instancia, la eficacia que el ordenamiento jurídico le atribuya al convenio colectivo (fuente formal, por excelencia<sup>249</sup>), va a depender directamente del lugar ocupado por la autonomía colectiva en el sistema jurídico.

Desde esta perspectiva, nada que objetar a la técnica jurídica empleada en el art. 37.1 CE. La doble previsión contenida en el precepto recoge, con una simetría encomiable, las dos facetas o planos sobre las que hay que incidir a la

---

(...); 4) determinación de los contenidos de la negociación (...) y 5) consideración de las eficacia de los pactos" (p. 11-12)".

<sup>248</sup> v. ut supra.

<sup>249</sup> Como se ha advertido, y sin perjuicio de futuras concreciones (v. *infra*, Cap. IV.2), la expresión "convenio colectivo" se utiliza aquí en un sentido amplio, es decir, para denominar genéricamente toda manifestación normativa de la fuente negocial.

hora de configurar y hacer efectiva una fuente del derecho. Por un lado, el contenido del derecho a la negociación colectiva se refiere a la necesidad de la existencia de una regulación de la creación de normas autónomas, y se materializa en el establecimiento de un sistema de normas (NSP) que regulen los cauces procedimentales por los que ha de discurrir la actividad normativa de los sujetos sociales. Por otro lado, la fuerza vinculante del convenio tiene por objeto señalar la eficacia que debe desplegar la norma producida según las reglas establecidas al efecto y, en definitiva, corrobora la intensidad que, por su naturaleza normativa, debe caracterizar a dicha eficacia (vinculabilidad frente a las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación).

Siendo ambos aspectos necesarios para la plena virtualidad de la fuente negocial, se establece un mandato al legislador para su aseguramiento. Sin perjuicio de cuál sea el alcance de la intervención del legislador al efecto<sup>250</sup>, lo que si está claro es que, en todo caso, el mandato constitucional se refiere únicamente a la garantía. Como hemos apuntado a la hora de caracterizar el contenido del art. 37.1 CE como garantía institucional, el mandato al legislador contenido en el art. 37.1 CE no puede conceptuarse, de ningún modo, como reserva de ley. El objetivo de dicho mandato es, ciertamente, el aseguramiento de la existencia y funcionalidad de la institución<sup>251</sup>. Pero

---

<sup>250</sup> V. *infra*, el análisis de la misma a la vista del modelo constitucional, así como las consecuencias que de ella se derivan para la configuración definitiva del modelo legal.

<sup>251</sup> Lo que no es una cuestión baladí, ya que se trata de proteger una peculiar forma de producción jurídica, es decir, una fuente del derecho en sentido propio. Ello conlleva la necesidad de buscar una peculiar forma de articular su protección y plena efectividad, siendo su configuración como garantía institucional una de las soluciones que se pueden arbitrar al efecto. Pero, bien entendido, que tal caracterización no puede significar una atenuación de su oponibilidad frente al legislador que, a la postre, suponga una desvalorización de la fuente negocial, so pena de vaciar de contenido el propio contenido del art. 37.1 CE. De este modo, si el desarrollo del contenido del 37.1 CE supone la organización de los cauces por los que va a discurrir la fuente

esta garantía no prejuzga el modo en que deba organizarse esa institución<sup>252</sup>, ni el necesario concurso de la ley al efecto<sup>253</sup>. En consecuencia, cabe la hipótesis de un desarrollo por la propia autonomía colectiva de los perfiles de la institución que, haciéndola funcional, cumpla el objetivo fijado en el precepto<sup>254</sup>. Sólo cuando la propia autonomía colectiva no esté en condiciones de cumplir con dicho objetivo, y en la medida en que sea necesario, la ley desarrollaría un papel activo en la organización del sistema de negociación colectiva.

La intervención legal, por tanto, tendría un carácter netamente subsidiario, lo que, sin duda, se corresponde con el respeto que merece la autonomía colectiva dentro de un sistema democrático de relaciones laborales. La CE sólo le encomienda al legislador la labor de asegurar la existencia y funcionalidad de una forma de producción jurídica que el ordenamiento constitucional (no el legislador) ha estimado idónea para la consecución de los fines en él definidos. Y nada más. La oportunidad de esa eventual intervención ha de tener en cuenta las premisas sobre las que se levanta la instauración de ese poder colectivo de autonormación y, en consecuencia, ha de observar la suficiente cautela como para

---

negocial, lo que, en definitiva, se concreta en el establecimiento de un sistema de normas sobre la producción jurídica (v. *ut supra*, Cap. II.3.2), el papel del legislador se detiene en la garantía de su existencia y efectividad.

<sup>252</sup> Como señala DE OTTO ("La regulación...cit., p. 101), a diferencia de lo que acontece con los clásicos derechos fundamentales, "la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su configuración concreta".

<sup>253</sup> Destacando este dato típico de la garantía institucional en relación con la ordenación de la estructura de la negociación colectiva y, apostando claramente por la mayor idoneidad de la solución autorreglada, v. MERCADER UGUINA (op. cit., p. 90).

<sup>254</sup> Y ello, incluso en la hipótesis de que se admitiera la existencia de una reserva de ley propiamente dicha, ya que el objetivo de ésta es la preservación, por ley, de esferas subjetivas frente a intervenciones del poder (reglamentario) de la Administración; pero, en ningún caso, supone una reserva frente a un eventual establecimiento autónomo del sistema de negociación colectiva. No olvidemos que el objetivo último del precepto constitucional es, precisamente, potenciar el poder normativo de los sujetos sociales.

no desvirtuar la función que tiene asignada, siendo así respetuosa con su reconocimiento constitucional.

De ello se deduce, por otra parte, la amplitud del marco constitucional que, con buen criterio, no ha cerrado ningún tipo de opción al modo en que pueda quedar configurada la fuente colectiva, ni se ha predeterminado el papel de los diferentes protagonistas de esa configuración. Se admiten, por tanto, diversas posibilidades, desde un sistema de negociación colectiva más o menos prefijado por el Estado hasta un diseño autónomo del mismo por los sujetos colectivos, pasando por soluciones eclécticas que combinen el diferente protagonismo de unos y otros en función de las pautas marcadas por las variables de diversa índole que subyacen a las relaciones socioeconómicas. En todo caso, es evidente que la madurez y consolidación de un sistema colectivo de relaciones laborales irá determinando una progresiva inhibición de la intervención legal que, en buena lógica, debe tener una función correctora de las deficiencias estructurales que se deduzcan de una falta de aquellos caracteres.

Partiendo de esos presupuestos, se hace necesario entrar en el análisis singularizado del contenido de cada uno de los aspectos en los que se desglosa el precepto constitucional, no sin antes advertir que la expresa atribución de la garantía a la ley, cuyo significado ha generado una gran polémica doctrinal y jurisprudencial (aún irresuelta) acerca del alcance de la intermediación legal, se va a erigir en punto de obligada referencia en dicho examen<sup>255</sup>. Ello no debe sorprendernos pues, como hemos señalado, la tensión poder colectivo/poder estatal está en el fondo de la propia esencia

---

<sup>255</sup> No en vano, lo que se está cuestionando es la propia naturaleza constitucional del derecho a la negociación colectiva. En este sentido, planteando los términos de la polémica, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación colectiva en la jurisprudencia...", cit., p. 395 ss.

de la aparición de la negociación colectiva como fuente del derecho<sup>256</sup>, y, en consecuencia, subyace a todo tipo de relación entre fuente colectiva y fuente legal, sea en el plano de la creación, sea en el plano de la aplicación.

#### **2.3.3.2.1.- La garantía del derecho a la negociación colectiva.**

Como hemos señalado, el significado de la garantía del derecho a la negociación colectiva no es otro que el de asegurar la existencia de un sistema procedimentalizado para llevar a cabo la producción de normas autónomas. Situados en el plano de la creación jurídica, es la validez de esas normas el objetivo de la eventual intervención legal que sólo se actualizará, sin embargo, si las partes no están capacitadas para el establecimiento autónomo de un sistema de negociación colectiva<sup>257</sup>.

Sin perjuicio de ello, el objetivo inmediato de la previsión constitucional es, obviamente, el aseguramiento de un espacio de libertad donde los sujetos sociales puedan desarrollar de manera directa toda esa serie de actuaciones que, en última instancia, van a concluir con el acuerdo creador de la norma colectiva. Ello conlleva, no obstante, una serie de presupuestos relacionados con las condiciones que deben rodear a ese proceso decisonal. En concreto, constituye un presupuesto esencial el aseguramiento de un

---

<sup>256</sup> v. ut supra, Cap. II.2.3.

<sup>257</sup> Y ello, a pesar de que desde nuestra tradición histórico-jurídica sea difícilmente entendible esa eventual falta de apoyo legal en la organización del sistema de negociación colectiva. Precisamente por ello, surge la necesidad de situar el análisis del fenómeno negocial más allá de nuestra concreta experiencia histórica, haciéndose imprescindible el recurso al derecho comparado, de donde se extraerá, sin duda, una útil información para la comprensión de las claves del fenómeno negocial (sobre el tema, v. ut supra, Cap. II.3.2).

equilibrio de poderes entre los sujetos intervinientes.

Como se deduce fácilmente, el carácter de la intervención estatal no es el mismo en uno y otro caso<sup>258</sup>. En el primero, la actuación tiene un claro matiz negativo, pues la creación de ese espacio de libertad se ha de concretar en una autolimitación del papel de la ley, en beneficio de la autonomía colectiva, en la regulación de las relaciones laborales ("limitación de limitaciones"<sup>259</sup>). En el segundo, sin embargo, se exige el eventual concurso de la ley<sup>260</sup> para hacer efectivo ese equilibrio de poderes, lo que se materializará, frecuentemente, en un apoyo al poder negociador de la parte social<sup>261</sup> frente al, ostentado per se, de la parte económica<sup>262</sup>.

Dentro de esta faceta promocional de la intervención legislativa, pueden contemplarse diversos mecanismos que, haciendo efectivo el derecho, coadyuvan en el logro de la funcionalidad de la institución. Uno de ellos, quizás el más incisivo en cuanto a sus efectos, es el establecimiento de un deber de negociar. A pesar de las dudas iniciales sobre

---

<sup>258</sup> Lo que, por otra parte, es propio de la compleja función de la ley dentro del marco del Estado social. Como señala OLIVAS (art. cit., p. 13), "la naturaleza jurídica del Estado social se torna extraña: encierra en sí misma la prohibición y la obligación de la intervención de la esfera pública en el área social. Resulta imposible descifrar esa extraña mezcla en sede estrictamente normativa".

<sup>259</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Negociación colectiva y Constitución", en La negociación colectiva, CDJ/CGPJ-MADRID, 1992, p. 12.

<sup>260</sup> Sobre el significado promocional de este tipo de intervención legal, v. VALDÉS DAL-RÉ: "El paradigma...cit., p. 116.

<sup>261</sup> Como hemos visto, este apoyo no tiene por qué concretarse necesariamente en una intervención directa del legislador en la regulación del del sistema de negociación colectiva, strictu sensu.

<sup>262</sup> No obstante la eventualidad del concurso de la ley, su apoyo al sostenimiento de la funcionalidad del poder colectivo es ineludible, una vez actualizada la situación de necesidad. Como señala MARTÍN VALVERDE ("El ordenamiento laboral...cit., p. 157), la intervención estatal correctora de los desequilibrios poder entre los sujetos sociales encuentra su fundamento en el art. 9.2 CE, constituyendo, por tanto, una función irrenunciable del Estado, no siendo justificable la existencia de una especie de "laissez-faire colectivo".

su hipotética base constitucional, de manera que sería una faceta indisolublemente unida al reconocimiento mismo del derecho a la negociación colectiva (que sería una mera declaración retórica si no significaba el paralelo reconocimiento del deber de negociar), constituye hoy día una opinión generalizada en la doctrina su calificación como deber de naturaleza estrictamente legal<sup>263</sup>. Ciertamente, el amplio marco constitucional no impide, como medida de promoción y apoyo al fenómeno negocial, el establecimiento por ley de este deber, pero éste no es consustancial al reconocimiento constitucional del derecho a negociar.

Como se puede apreciar, la ley dispone de un amplio margen de intervención y, en algunos casos, su papel puede llegar a ser determinante en el establecimiento de un sistema de negociación colectiva con capacidad para dar respuestas a las exigencias funcionales de la institución<sup>264</sup>. Su virtualidad como fuente de producción normativa va a depender, en gran medida de la serie de mecanismos arbitrados por el legislador en cumplimiento del mandato constitucional<sup>265</sup>.

Sin embargo, no hay que deducir consecuencias desmesuradas del papel del Estado en este aspecto, hasta el punto de considerar decisiva la intermediación legal para la existencia de esta fuente del derecho. Llegar a este tipo de conclusiones haría del derecho a la negociación colectiva un

---

<sup>263</sup> V. *infra*, Cap. II.2.2.1.1.2.

<sup>264</sup> Ya tuvimos oportunidad de poner de relieve, en relación con la titularidad, la amplitud del marco legal y el amplio margen de intervención jurídico-insitucional de la ley, en función de variables de estricta política del derecho.

<sup>265</sup> Y no sólo del específico del art. 37.1 CE dirigido a garantizar el derecho a la negociación colectiva, sino del genérico formulado en el 9.2 CE, consistente en la remoción de obstáculos que impidan la consecución de la igualdad material de los individuos. No hay que olvidar que, como parte integrada dentro de la autonomía colectiva, la negociación colectiva tiene como finalidad última la realización de ese valor constitucional (v. *ut supra*).



derecho eminentemente legal, haciendo superfluo el reconocimiento constitucional del mismo<sup>266</sup>. Ello contravendría el carácter eventual de la propia intervención "organizadora" de la ley y, consecuentemente, la factibilidad de la existencia de un sistema autónomo de normas sobre la producción jurídica<sup>267</sup>, con capacidad para "autoorganizarse" los cauces por los que debe discurrir el quehacer normativo de los sujetos sociales<sup>268</sup>. Pero, además, desde una perspectiva material, significaría la negación del carácter autónomo del poder normativo de los sujetos sociales, al quedar convertido en una mera facultad delegada por la ley.

Nuestra experiencia histórica demuestra cuán peligrosos resultan los excesos reglamentistas en la materia<sup>269</sup>, casi

---

<sup>266</sup> La consecuencia directa de su carácter de derecho constitucional, es decir, el hecho de "ser ejercitable sin desarrollo legal" (VALDÉS DAL-RE, "El modelo...cit., p. 19), quedaría negado o, al menos, vacío de contenido. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La negociación colectiva...cit., p. 348. Como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("La negociación colectiva en la jurisprudencia...cit., p. 395), esta posibilidad ha quedado totalmente descartada por el TC (v. STC 58/85, de 30 de abril, f.j. 3º); en conclusión, "el derecho a negociar colectivamente no es, a juicio del TC, un derecho de naturaleza legal sino constitucional, ejercitable por tanto sin mayor apoyo normativo por las representaciones de trabajadores y empresarios" (ib.). Sin embargo, como veremos, esta conclusión está, "no obstante su aparente sencillez, preñada de consecuencias, en muchos casos problemáticas, abriendo importantes interrogantes a los que el TC no ha dado siempre respuestas definidas" (art. últ. cit., p. 396).

<sup>267</sup> Posibilidad que no sólo está avalada por la realidad de determinadas experiencias comparadas (v., entre otros, el caso italiano, que dió lugar a la clásica formulación por GIUGNI de la tesis, en clave pluralista, del llamado "ordenamiento intersindical", v. ut supra), sino por nuestra concreta experiencia histórica. En este sentido, la etapa de la transición constituye un claro ejemplo de divorcio entre la ley y la práctica negocial, asintonía que, sin embargo, no impidió la producción de normas colectivas (sobre esta ilustrativa experiencia, v. PALOMEQUE LÓPEZ, "La negociación colectiva en España...cit., p. 8 ss.)

<sup>268</sup> Esta posibilidad no debe contemplarse sólo como alternativa al sistema legal. Antes al contrario la existencia simultánea al mismo de un sistema autónomo serviría (como de hecho acontece en nuestro país) como válvula de escape antes las rigideces procedimentales en las que, potencialmente, pudiera caer aquél. Se establecería así una relación de complementariedad entre ambos, donde las rigideces del primero, comprensibles por el plus de eficacia (personal) asignado por la ley, estarían compensados por la existencia del segundo al que, por su menor mayor flexibilidad en materia de legitimación, no le correspondería aquel plus. Este sistema dual contaría con la ventaja, nada desdeñable, de ser más respetuoso con un régimen de pluralismo sindical, donde la restricción del derecho a la negociación colectiva casa mal con lo que constituye, precisamente, una vocación innata de todo sindicato.

<sup>269</sup> V., al respecto, MARTÍN VALVERDE "Concurrencia...cit., p. 30, que califica esta conducta de "intervencionismo doctrinario".

siempre motivados por un afán estatal de instrumentalizar este cauce de expresión normativa en la realización de fines que no le son propios. Para evitar este tipo de consecuencias que, a la postre acabarían desvirtuando la propia fuente colectiva, conviene tener en cuenta los límites en los que debe circunscribirse la actuación estatal. Antes de ello, es preciso examinar el otro aspecto que la CE ordena garantizar a la ley.

#### 2.3.3.2.2.- La garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo.

Más problemática aún, resulta la interpretación del contenido de la fuerza vinculante<sup>270</sup> o, mejor dicho, la valoración del significado del mandato de la CE a la ley para su aseguramiento, toda vez que el papel de la intermediación legal es en este aspecto bastante más acusado. En relación con el significado de la expresión y, después de alguna duda inicial al respecto, concretada en una interpretación que identificaba fuerza vinculante y deber de paz<sup>271</sup>, constituye una opinión generalizada en la doctrina (aunque con las matizaciones que ya veremos) considerar que el mencionado pasaje constitucional hace referencia a la eficacia normativa del convenio<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> Sobre el tema, v. IGLESIAS CABERO: "Algunos aspectos de la fuerza vinculante de los convenios colectivos" en Jornadas sobre derecho del trabajo y Constitución, IELSS-MADRID, 1985; p. 417 ss.

<sup>271</sup> V. ut supra. Una de las primeras críticas a esta tesis, en RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La negociación colectiva...cit.", p. 359.

<sup>272</sup> Habida cuenta del carácter polisémico del término eficacia (VALDÉS DAL-RÉ: "El modelo...", cit., p. 27), conviene aclarar que en este caso se alude a la llamada "fuerza de obligar" (VALDÉS DAL-RÉ, art. ult. cit., p. 28), cualidad propia, por otra parte, de toda norma jurídica. De este modo, se está haciendo referencia únicamente a la "intensidad" de la eficacia (eficacia "vertical") y no a la "extensión" de la misma, ya que, como hemos concluido, ésta no constituye un elemento consustancial de la norma jurídica (v. ut supra, Cap. II.3.3.2).

En efecto, situados en el plano de la aplicación jurídica, el convenio tiene vocación de regular las relaciones de trabajo situadas en su ámbito de aplicación. Como veíamos, el proceso de juridificación del poder colectivo culmina con su conversión en un poder normativo, es decir, un poder con capacidad de transformar la realidad mediante la producción de normas jurídicas vinculantes.

La vinculabilidad de las relaciones intersubjetivas deviene así consecuencia obligada de la proyección del poder normativo sobre la realidad que se pretende afectar. Pero desde un plano lógico-normativo, éste constituye un momento posterior al de la creación jurídica. De este modo, producida la norma mediante el cauce establecido por una determinada fuente del derecho, la norma es válida y, como tal, se integra en el ordenamiento jurídico. Su eficacia, constituyendo una característica consustancial a su naturaleza normativa, puede ser asegurada, sin embargo, mediante mecanismos que el ordenamiento jurídico haya articulado al efecto. Siendo el ordenamiento en su conjunto el que tiene que ser eficaz, a él le corresponde garantizar que una norma jurídica producida en su seno por una de sus fuentes del derecho, sea eficaz. De lo contrario, no se pondría en entredicho el poder normativo de esa fuente determinada, sino la propia existencia del ordenamiento jurídico.

Como hemos visto, uno de los instrumentos más efectivos con los que cuente el ordenamiento jurídico para garantizar esa eficacia o vinculabilidad es la ley. De ahí que el artículo 37.1 CE preceptúe que sea ésta la que, eventualmente, integre la vinculabilidad del convenio, asegurando su eficacia sobre las relaciones de trabajo sometidas en su ámbito de aplicación. El papel de la ley es, por tanto, auxiliar, ya que viene a socorrer la posible

deficiencia de una norma jurídica (el convenio) en el momento del despligue de su eficacia sobre el ámbito que tiende a regular.

Es éste, y no otro, el sentido del mandato contenido en el mencionado precepto constitucional. De este modo, la CE, habiendo diseñado su sistema de fuentes, no sólo ha efectuado una distribución del poder normativo, sino también ha determinado el papel que ha de cumplir cada una de las fuentes. Si el objetivo que ha informado la elaboración de este diseño no es otro que el logro de los valores superiores del ordenamiento definidos en la CE, se entiende que el sistema de fuentes es un sistema predispuesto en aras del logro de aquel objetivo. Por lo tanto, efectuado el mencionado diseño, y habiéndose valorado positivamente la articulación de la negociación colectiva como fuente del derecho, la Constitución puede ordenar a la ley que vele por la plena eficacia de la misma. Siendo éste el sentido de la previsión contenida en el art. 37.1 CE, de estos presupuestos hay que partir para efectuar el análisis del alcance y significado de la intermediación legal en la garantía de la fuerza vinculante.

Para ello hay que diferenciar entre el contenido del precepto constitucional y el contenido del mandato dirigido a la ley. La mención expresa de la CE a la fuerza vinculante tiene como objetivo subrayar un aspecto que se le revela esencial en la culminación del diseño que efectúa de la fuente colectiva. Por esta esencialidad y por la eventualidad de que los sujetos colectivos no dispongan, por si mismos, de la capacidad suficiente para hacer eficaz la norma (válida) por ellos creada, estima necesaria su garantía, para lo cual utiliza su instrumento más efectivo: la ley. Pero el papel de la ley se circunscribe a esta tarea de aseguramiento, no siendo idónea para la libre disposición del

objeto garantizado que, por su naturaleza, supone un prius lógico respecto de la intervención legal. Si, como vimos anteriormente, la ley no puede configurar un poder normativo, es decir, no puede definir una fuente material del derecho, sino tan sólo asegurar la existencia de un cauce que permita la producción jurídica, tampoco puede otorgar la vinculabilidad propia de una norma jurídica, sino tan sólo garantizar, por mandato constitucional, que la norma válidamente producida sea plenamente vinculante.

De este modo, si se persevera en el reconocimiento constitucional de la consustancial originalidad del poder colectivo, y se lleva a sus últimas consecuencias, no es posible negar el fundamento directo de la eficacia normativa de los convenios colectivos en el artículo 37.1 CE, sin necesidad de intermediación legal alguna. Su fuerza vinculante se conecta, de forma mediata, con el poder colectivo ya juridificado en la Constitución (autonomía colectiva) y, de forma inmediata, con su cauce, más o menos formalizado, de expresión normativa (negociación colectiva). El convenio colectivo emanado por dicho cauce sería, simplemente, la trasposición, en el plano positivo, de ese poder convertido en norma jurídica. Su vinculabilidad es, por tanto, consustancial a su naturaleza, es decir, pertenece a la propia norma en tanto expresión última de un poder juridificado, que no legalizado. En conclusión, cualquier tipo de convenio tiene su fundamento último en el artículo 37.1 CE y, en consecuencia, la fuerza vinculante se predica de todo producto negocial, y no sólo del diseñado por la ley<sup>273</sup>.

En definitiva, si la ley no puede otorgar el privilegio

---

<sup>273</sup> En definitiva, como señala LYON-CAEN ("Anomie...cit.", p. 176), el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, supone, en última instancia, la innecesariedad de base legal para la eficacia de los convenios.

de normar, tampoco está facultada para atribuir a su arbitrio eficacia normativa. Lo contrario supondría una contradicción que, además, rompería la simetría interna del art. 37.1 CE.

### **3.- LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE EN LA CE Y LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN LEGAL EN SU JURIDIFICACIÓN FORMAL.**

Desde estas premisas hay que analizar la intervención del legislador en la configuración formal de nuestro modelo de negociación colectiva. De este modo, sin descender al examen los rasgos particulares que definen la forma en que se ha concretado esa intervención, a nivel de principio, sí es preciso hacer una valoración del modo en que se ha encarado por el legislador la construcción del modelo legal de negociación colectiva. Teniendo en cuenta que dicha valoración supone necesariamente un juicio de constitucionalidad de la actuación legislativa, dicho análisis, a pesar de descender al dato legal, se debe insertar en el modelo constitucional. Y ello no sólo por los términos en los que se ha dilucidar el debate, sino porque las conclusiones que se extraigan del mismo van a condicionar de forma decisiva el análisis del modelo legal propiamente dicho.

Por tanto, antes de pasar al examen del modo en que ha quedado formalmente configurada la negociación colectiva como fuente en nuestro ordenamiento, se hace necesario, como punto de partida, establecer una serie premisas sobre los límites de la intervención ley en dicha tarea. Como quiera que estos límites se deducen directamente de la configuración material de la negociación colectiva que, como hemos visto, se lleva

a cabo en la Constitución, los resultados de dicho examen establecerán los presupuestos que habrán de informar la intervención legal, formando parte, en consecuencia, del modelo constitucional.

### **3.1.- El significado de la intervención legal en el proceso de juridificación formal de la negociación colectiva.**

La relevancia de la ley en la configuración definitiva de la negociación colectiva como fuente en nuestro ordenamiento jurídico está fuera de toda duda. La correcta valoración del significado de la intervención legal sólo puede hacerse, sin embargo, en el contexto de un marco analítico adecuado, es decir, con capacidad suficiente para tener en cuenta las exigencias estructurales que impone el estudio de dicha relación desde la perspectiva de las fuentes del derecho<sup>274</sup>. En dicho marco es donde hay que situar el examen global de las relaciones entre ambas fuentes, pues sólo en él será posible efectuar la distinción entre los dos planos (creación y aplicación del derecho) por los que discurren esas relaciones, lo que necesariamente conlleva la introducción de una serie de matizaciones en el análisis de uno y otro.

En términos generales, se puede decir que, como cauces de expresión normativa de sendos poderes juridificados (social y político), la importancia relativa de ambas fuentes en la ordenación de las relaciones laborales va a depender, en gran medida, de la posición ocupada por los diferentes

---

<sup>274</sup> En este sentido, hay que recordar las consecuencias que para el estudio de la negociación colectiva como fuente supone la categorización de ésta como un "concepto jurídico determinado por su función" (v. ut supra).

protagonistas en juego, es decir, por los titulares de esos poderes. En cada ordenamiento jurídico esta posición va a estar condicionada por una serie de variables fácticas que, sometidas al correspondiente proceso de juridificación, van a dar como resultado una determinada distribución de poderes normativos que, como tal, se lleva a cabo en la esfera material del sistema jurídico<sup>275</sup>. Para analizar el papel asignado a la negociación colectiva en un determinado ordenamiento jurídico es preciso, por tanto, analizar el sistema de fuentes en el contexto donde éste se incardina, no otro que el de la Constitución material<sup>276</sup>, de manera que puedan extraerse los datos necesarios para valorar su posición en dicho sistema.

Este ha sido, hasta ahora, el objetivo del presente capítulo. En efecto, el estudio del modelo constitucional de negociación colectiva como fuente nos ha desvelado las reglas que han regido, tanto la incorporación del poder social (elemento fáctico) a nuestro ordenamiento jurídico (autonomía colectiva), como el establecimiento del cauce de expresión normativa (fuente material) de ese poder (negociación colectiva). Todo este recorrido se ha llevado a cabo en el plano material del sistema jurídico, es decir, en una esfera extrapositiva o de positividad atenuada, donde el objeto de análisis estaba compuesto por principios o subprincipios jurídicos presentes de forma más o menos explícita en nuestra

---

<sup>275</sup> Como hemos visto con anterioridad, el sistema de fuentes de un determinado ordenamiento jurídico recibe el influjo inmediato de elementos de índole fáctica (poderes), pero a su vez, se encuentra preordenado por el sistema de valores. De esta manera, la resultante de la composición de equilibrios entre los diferentes valores y principios superiores va a modular la incorporación de esos elementos fácticos al ordenamiento, ajustándola a las exigencias de los fines a perseguir. Siendo el sistema de fuentes el cauce instrumental mediante el cual se proyecta sobre la realidad las transformaciones exigidas por esos fines (de ahí que el concepto de fuente haya sido categorizado como "concepto jurídico determinado por su función", v. *ut supra*, Cap. I), la posición relativa de cada uno de los poderes normativos va a depender tanto de elementos extrajurídicos, procedentes del sistema social, como de elementos jurídico-valorativos, procedentes del sistema axiológico.

<sup>276</sup> En el modelo teórico este espacio quedaba identificado como "sistema interno" (v. *ut supra*).



Constitución. No en vano, estábamos aún describiendo el que hemos denominado proceso de juridificación material de la fuente colectiva. Dicho proceso nos ha llevado a verificar, conforme a los moldes teóricos avanzados con anterioridad, la presencia incontrovertida de esta peculiar forma de producir normas jurídicas en la CE y, asimismo, ha servido para poner de manifiesto los rasgos que caracterizan su configuración en nuestro ordenamiento.

Pero la configuración de la negociación colectiva como fuente no se detiene en esa esfera material. En la descripción del modelo teórico se ha podido comprobar la necesidad, común a toda fuente, de contar con una formalización de los cauces y procedimientos por los que ha de discurrir el proceso de creación normativa (fuentes formales). Por ello, era necesario distinguir una nueva fase dentro del proceso de juridificación descrito. En ella se llevaba a cabo, tanto el establecimiento de los cauces o procedimientos formales por los que habría de discurrir la creación de los diversos tipos de normas autónomas (fuentes formales), como la determinación del lugar de éstas en el conjunto del sistema jurídico. Como quiera que la labor de construcción de este marco objetivo de creación y aplicación normativa necesita de reglas o normas jurídicas, es obvio que esta segunda fase se desarrolla en la esfera positiva del sistema jurídico. Por ello habíamos denominado a esta última fase del proceso como juridificación formal.

Cada una de las dos fases que integran el mencionado proceso de juridificación, aún partiendo de los mismos postulados analíticos, responden, sin embargo, a necesidades constructivas de diversa índole, que, a su vez, están en

clara correspondencia, tanto con los elementos empleados<sup>277</sup>, como con los objetivos marcados en uno y otro momento. De este modo, quedaban distinguidas netamente ambas fases y no sólo por exigencias de índole expositiva<sup>278</sup>.

La separación de ambos planos, constitucional e infraconstitucional, constituye, por tanto, una consecuencia directa de aquella distinción y, como tal, un presupuesto ontológico, en tanto que deducido del modelo teórico, para el estudio de la negociación colectiva como fuente en nuestro ordenamiento. En efecto, lejos de ser el simple resultado de una superfluo ejercicio de abstracción teórica, es la propia función de la negociación colectiva dentro del ordenamiento jurídico la que impone que la aludida distinción analítica sea, no sólo necesaria, sino imprescindible, constituyendo una garantía para el correcto entendimiento de la posición de la negociación colectiva en el sistema de fuentes.

---

<sup>277</sup> Tomando la clasificación de LARENZ (v. *ut supra*), en la fase material, los elementos empleados en el proceso constructivo son, fundamentalmente, principios, subprincipios más o menos normativizados, pero con un alto nivel valorativo y baja positividad; por el contrario, en la fase formal, los elementos son normas jurídicas, con alto nivel de positividad en detrimento de su nivel valorativo.

<sup>278</sup> Así, siendo el objetivo del estudio del proceso de juridificación material el análisis de los elementos intervinientes en la configuración, dentro de un sistema jurídico determinado, de la negociación colectiva como cauce de producción de normas autónomas, su resultado va a ser la construcción del que hemos llamado, tomando la nomenclatura utilizada por LARENZ (v. *ut supra*, Cap. II.1), "tipo jurídico estructural". En nuestro estudio, el tipo jurídico estructural se ha identificado con el modelo constitucional y, de este modo, nos ha permitido observar el juego de los elementos conformadores de la posición de la negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico haciendo abstracción de toda intervención de normas positivas. Constituyendo esta intervención un momento obligado pero posterior, precisamente el que se define como proceso de juridificación formal de la negociación colectiva como fuente, su estudio va a tener como objetivo el modo en que, definitivamente, queda perfilada la fuente colectiva en el plano positivo. Teniendo en cuenta el importante papel de la ley en los diversos aspectos en los que se desglosa esta fase, hemos denominado al resultado de su estudio "modelo legal" que, por su parte, sería coincidente con el "tipo real normativo" de LARENZ (v. *ut supra*). La utilidad metodológica de ambos "tipos", ya señalada, se pondrá especialmente de manifiesto en el presente capítulo, a la hora de establecer los límites de la ley en el desarrollo del art. 37.1 CE.

### 3.2.- Modelo legal y modelo constitucional.

Una valoración global de nuestro modelo legal de negociación colectiva pone de relieve que los principales problemas que plantea el estudio de la negociación colectiva en nuestro ordenamiento se derivan, precisamente, de su compleja relación con la ley. Por razones diversas, los términos en los que se ha producido la intervención del legislador, a la hora de dar cumplimiento al mandato constitucional, no han colmado todas las exigencias planteadas por el reconocimiento de este peculiar cauce de producción normativa en el ámbito de las relaciones laborales. Las sucesivas y poco hilvanadas reformas legales, en vez de aportar claridad, han ido incrementando los niveles de confusión al respecto, llegando al extremo de provocar un desdibujamiento, no ya del papel de la negociación colectiva, sino de su propia esencia como institución jurídica.

Por su parte, las respuestas doctrinales y jurisprudenciales a los importantes problemas prácticos suscitados difieren considerablemente en función, principalmente, de la posición metodológica adoptada por el intérprete<sup>279</sup>. De este modo, como cuestión de fondo, latente a toda esta problemática, se encuentra la propia aprehensión del significado de la negociación colectiva como fuente del derecho en el contexto del sistema jurídico, punto de partida inexcusable para determinar las claves de su relación con la ley. En consecuencia, la determinación de las mismas va a depender, fundamentalmente, de cuál sea el punto de partida que se adopte en torno ese problema subyacente.

---

<sup>279</sup> Como señala BAYLOS GRAU (Derecho del Trabajo...cit., p. 110-111), "la relación entre ambos <modelos>, el constitucional y el legal, continúa siendo en la actualidad problemática y las diversas lecturas de los mismos ofrecen un interesante punto de observación de los distintos objetivos político-institucionales mantenidos doctrinalmente respecto de las relaciones laborales".

Ante todo, hay que partir de la base de que la clarificación de este panorama no puede hacerse desde un plano de mera positividad. Como hemos visto, siendo ambas fuentes del derecho, es decir, cauces de producción de normas positivas, su examen debe partir inexorablemente de un nivel suprapositivo, pues sólo así será posible descubrir las coordenadas que rigen las relaciones entre una y otra. Si es la Constitución donde se efectúa la distribución de potestades normativas dentro de un determinado ordenamiento jurídico, no cabe duda que aquellas coordenadas sólo es posible extraerlas del estudio del sistema de fuentes constitucionalmente establecido.

El estudio del modelo constitucional nos ha proporcionado los rasgos esenciales que definen la posición de la negociación colectiva en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico. De forma especial, teniendo en cuenta que dicha posición es siempre relativa, al estar claramente en función de su antagonista principal, la fuente legal, se ha procurado establecer los límites que rigen la (por otra parte, inevitable) intervención legal en la configuración definitiva de la fuente colectiva.

El examen del modelo legal, por tanto, teniendo como objetivo fundamental el análisis de la función de la ley en la ordenación del sistema de fuentes colectivas, va a tener como marco obligado de referencia al modelo constitucional. No hay que olvidar que la ley, a pesar de su preeminencia, indiscutible también en el ámbito de las relaciones de trabajo, no es más que una de las fuentes del derecho que la Constitución preordena para el cumplimiento de los fines en ella establecidos.

### 3.2.1.- Los elementos condicionantes de la

**intervención legal: la contingencia como carácter  
definitorio del modelo legal.**

Con independencia de la idoneidad o no de la solución adoptada por el legislador, pues esto corresponde a un momento valorativo posterior, las razones de fondo que han conducido a la misma hay que buscarla en el contexto en el que aquélla se produjo<sup>280</sup>. La comprensión de este dato, aparte de proporcionarnos una ilustración adecuada de los criterios de política del derecho concurrentes, va a tener como principal utilidad el poner de manifiesto la contingencia de la intervención legal en configuración del modelo de negociación colectiva en nuestro país<sup>281</sup>.

Desde la primera perspectiva, se puede constatar la existencia de una serie de elementos que inexorablemente condicionaron la opción del legislador. En este sentido, siendo la opción legal por un determinado modelo de negociación colectiva el producto final de una serie de valoraciones de política del derecho, no es posible obviar la influencia decisiva de los condicionantes ambientales. A la postre, el modelo legal no va a ser otra cosa que el fruto de la componente resultante del juego conjunto de todos ellos<sup>282</sup>. Entre estos elementos condicionantes destacan, por un lado, el entorno cultural<sup>283</sup>, social<sup>284</sup> y económico<sup>285</sup>,

---

<sup>280</sup> Sobre la importancia de este contexto, v. CARRIER, op. cit., p. 99 ss.

<sup>281</sup> Y ello sin perjuicio de su indiscutible protagonismo en la coyuntura histórica, constituyendo, sin duda, el "instrumento principal del cambio normativo" (MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones...cit., p. 21).

<sup>282</sup> En este sentido, refiriéndose, en general, a nuestro ordenamiento jurídico-laboral, son interesantes las reflexiones de RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Diritto del lavoro, mutamento politico e crisi economica: il caso spagnolo", PD-1/84, p. 47 ss. Para este autor, en el ET es fácilmente perceptible "el contraste entre los ambiciosos objetivos de progreso social y la realidad de la crisis económica, unido al reajustamiento de los equilibrios de poder" (p. 57-58).

<sup>283</sup> El significado de los factores culturales en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, siendo una realidad, ha sido especialmente ratificado por la positivación constitucional de los principios y valores superiores. Ello trae consigo importantes consecuencias sobre el plano de la aplicación e

constitutivos del contexto de referencia<sup>286</sup> y, por otro, la

interpretación jurídicas, lo que, en última instancia, provoca una "revalorización del elemento racional en la producción jurídica" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Diritto del lavoro...cit., p. 56). En general, la proyección de la ideología y el conjunto de valores imperantes en una sociedad sobre el derecho del trabajo es indudable. Por las razones expuestas (v. ut supra lo dicho acerca de la contraposición entre los valores igualdad/libertad), la configuración de la negociación colectiva en un determinado sistema jurídico va a ser un claro ejemplo de la especial susceptibilidad del derecho del trabajo ante el dato ideológico (sobre el tema, v. CARRIER, op. cit., p. 134 ss.). La importancia del entorno axiológico se pone de manifiesto cuando se comprueba que la diversidad de los sistemas de negociación colectiva tiene aquí una de sus principales razones (en este sentido, v. CORDOVA: "La negotiation collective dans les pays industrialisés", cit., p. 459).

<sup>284</sup> El espacio ocupado por la sociedad civil que depende, a su vez, de su grado de articulación y dinamismo, es una variable de particular importancia, no sólo para la configuración de un determinado sistema de negociación colectiva, sino también para evaluar el nivel de intervención legal necesario al efecto. De este modo, el escaso protagonismo de los sujetos sociales, propiciado en nuestro país por un régimen político totalitario, ha necesitado ser compensado con un apoyo legal dirigido a fomentar su consistencia organizativa y funcional. La especial importancia de la ley en la configuración de nuestro modelo de negociación colectiva (v., enfáticamente, MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones...cit., p. 24, n. 14), aunque pueda resultar significativa a la vista de modelos comparados de nuestro entorno, donde el peso relativo de la ley es sensiblemente inferior, estaría justificada, no obstante, por esta circunstancia histórico-política. Ahora bien, es preciso prevenir el riesgo que supone para la propia funcionalidad del sistema de negociación colectiva una prolongación del mencionado apoyo legal más allá de lo necesario, pues entonces, dicho apoyo, devendría contraproducente al propiciar un control estatal de lo colectivo propia del corporativismo (en este sentido, poniendo de relieve la doble finalidad, fomento y control, de la intervención estatal, BAYÓN CHACÓN: "La evolución histórica de la contratación colectiva en España", en Quince lecciones sobre convenios colectivos, cit., p. 38). En nuestro actual modelo de negociación colectiva es particularmente perceptible este riesgo y, por ello, conviene ser muy cautelosos a la hora de valorar la idoneidad de determinados aspectos de una intervención legal originariamente promocional.

<sup>285</sup> Sobre la incidencia de los cambios acaecidos en el contexto económico en las sucesivas modificaciones sufridas por nuestro modelo legal de negociación colectiva, v. MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones...cit., passim. En términos generales, constituye una variable históricamente verificable el hecho de que en períodos de crisis económica la relación de fuerzas favorece claramente a los empresarios, lo que se proyecta no sólo en la reducción de los niveles de protección jurídica del trabajador individual, sino en la determinación de las reglas del juego de la negociación colectiva (sobre el tema, v. CARRIER, op. cit., p. 50 ss.). El poder de negociación de los sindicatos se ve directamente afectado, y no sólo por una disminución de la fuerza sindical como consecuencia directa de la situación del mercado de trabajo, sino por las limitaciones a la negociación introducidas por los poderes públicos que encuentran en las coyunturas de crisis económica la legitimación suficiente para justificar la introducción de políticas de ajuste y, en consecuencia, su mayor protagonismo en las relaciones colectivas de trabajo. No hay que olvidar que, si bien desde posiciones estrictamente economicistas, el convenio colectivo ha sido concebido como un "fundamental instrumento de regulación del mercado de trabajo" (GARCÍA DE BLAS/RUESGA: "El modelo de negociación colectiva en España", RL-88(II), p. 915 ss.). En definitiva, como apunta CARRIER (op. cit., p. 115, "el conjunto de iniciativas gubernamentales en el ámbito de la coyuntura, incluso cuando no van dirigidas directamente a las partes en las relaciones de trabajo, producen siempre algún efecto sobre su relación de fuerzas".

<sup>286</sup> En conclusión, como señala CARRIER (op. cit., p. 147), es este contexto el que marca las diferencias entre los distintos sistemas nacionales de relaciones industriales. De este modo, si, como advierte DUNLOP (ib.), dentro de cada comunidad nacional, el "factor predominante" en la elaboración de normas laborales es "la relación de fuerzas entre las partes dentro de esa comunidad nacional", es obvio que ésta dependerá de la interacción conjunta de los diversos elementos del contexto.

inercia histórica de la propia intervención legislativa en la materia<sup>287</sup>. La importancia relativa del peso de esta inercia histórica en la solución definitivamente adoptada es difícil de evaluar. Pero, sin menoscabo del dato contextual, es posible afirmar su carácter determinante, al menos desde la perspectiva de la técnica legislativa<sup>288</sup>.

Desde la otra perspectiva, los cambios que se producen en el contexto determinan la necesidad de un ajuste sucesivo del modelo legal a la realidad<sup>289</sup>. Ello significa que el modelo legal es, por definición, un modelo contingente, mutable en función de las circunstancias sociales, económicas y culturales concurrentes en cada momento histórico, y determinantes, en última instancia, de la posición de cada uno de los protagonistas que intervienen en las relaciones laborales.

La mutabilidad del modelo legal<sup>290</sup> contrasta, sin embargo, con la relativa permanencia que caracteriza, por su propia naturaleza, al modelo constitucional. Sirviendo de referente obligado a la actuación del legislador, que debe ajustarse a los límites que el marco constitucional impone, su función es, precisamente, absorber en su seno todas las posibles variaciones del modelo legal que vengan impuestas por la cambiante realidad, integrando, de este modo, el

---

<sup>287</sup> Por ello, a pesar de la indudable modificación que la CE ha supuesto en la ordenación del sistema de fuentes del derecho (v., al respecto, MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones...cit.", p. 17-18), la "larga sombra" del corporativismo del régimen anterior se ha proyectado sobre el quehacer cotidiano, no sólo del legislador, sino de buena parte del resto de operadores e intérpretes jurídicos.

<sup>288</sup> Destacando la similitud entre el modelo legal estatutario y sus precedentes, v., entre otros, MONTROYA MELGAR, "El Estado y la autonomía colectiva", AL-21/89, p. 275-276. En general, sobre el tema, v. BORRAJO DACRUZ, "¿Reforma laboral o nuevo derecho del trabajo?", AL-34/94, p. 543 ss.

<sup>289</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA: "Acuerdos...cit.", p. 353.

<sup>290</sup> De lo que es una muestra inequívoca la sucesión de reformas que se están llevando a cabo últimamente en nuestro país, que están afectando, fundamentalmente, al sistema de negociación colectiva.

cambio social y el cambio legislativo<sup>291</sup>. Dentro del marco constitucional caben, pues, distintas soluciones legales, pero la valoración de la actuación del legislador debe hacerse, en todo caso, partiendo de la premisa indiscutible de la supremacía de la Constitución sobre la ley. Y ello, no sólo por los imperativos formales que se derivan de la ordenación jerárquica entre las dos normas, sino, y principalmente, por la lógica intrínseca a la naturaleza de cada una de ellas, definida, precisamente, por su función respectiva dentro del sistema jurídico.

De este modo, la apertura propiciada por el nuevo marco constitucional proporcionaba al legislador un amplio elenco de posibilidades a la hora de barajar su papel en la configuración del sistema de negociación colectiva. Dentro de esta banda, comprendida entre un intervencionismo, más o menos riguroso, y una especie de liberalismo colectivo, la opción del legislador podría fluctuar en un sentido u otro sin ningún tipo de reproche constitucional. Si al final optó por una solución claramente intervencionista, ello se debió, en buena medida, al peso de la tradición legislativa en la materia<sup>292</sup>, favorecida por la incertidumbre ante alternativas rupturistas.

Sin embargo, la inercia histórica no sólo trajo consigo la reproducción de un modelo "técnico" correspondiente a otro contexto sociopolítico. La necesaria depuración del mismo no alcanzó a todos sus componentes. Así, una de las incrustaciones más significativas del actual modelo legal ha sido, precisamente, la pretensión de exclusividad con la que

---

<sup>291</sup> Sólo un cambio drástico del contexto, que afectase a las coordenadas estructurales sobre las que se asienta nuestro sistema sociopolítico, provocaría un paralelo cambio constitucional de reajuste.

<sup>292</sup> En función inversamente proporcional al, también tradicional, débil protagonismo de los sujetos sociales.



el legislador efectúa su intervención. Teniendo en cuenta que el contenido de ésta ha quedado reducido a la regulación de un determinado tipo de negociación y de convenio, aquélla pretensión se compagina mal, como veremos, con el esencial pluralismo del modelo constitucional de negociación colectiva<sup>293</sup>.

### 3.2.2.- La opción legal por la negociación colectiva de eficacia general a la vista del modelo constitucional.

La intervención del legislador en materia de negociación colectiva ha consistido, esencialmente, en el establecimiento de un marco jurídico-formal al que han de someterse las partes para la producción de normas colectivas. Este régimen jurídico, plasmado básicamente en el Título III del ET, va a tener como peculiaridad el hecho de privilegiar un determinado tipo de negociación colectiva, la protagonizada por unos sujetos negociadores seleccionados previamente por la ley<sup>294</sup>, de la que se deriva un determinado tipo de convenio, el de eficacia general o erga omnes<sup>295</sup>.

---

<sup>293</sup> La compatibilidad entre los procedimientos de selección de interlocutores sociales, propios de los sistemas corporativistas, y la libertad sindical reconocida en la CE es, por lo menos, dudosa. Como apunta MARTÍN VALVERDE ("Las transformaciones...cit., p. 43), "el neocorporativismo surge como corrección y como alternativa a los planteamientos pluralistas. Mientras el pluralismo está basado en el libre juego de todos los intereses colectivos, el corporativismo (social; y desde luego el corporativismo estatal) desconfía sistemáticamente de dicho procedimiento, seleccionando unos interlocutores sociales en lugar de otros, y ofreciendo a aquéllos como terreno de encuentro el propio espacio de las decisiones de política social y económica".

<sup>294</sup> Se trata, por tanto, de una "selección de segundo grado" en la configuración del sujeto colectivo, al suceder ésta, realizada por la ley, a la ya efectuada por la CE (GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 22). Sobre la construcción en el ET y el posterior afianzamiento "gradual" en sus sucesivas reformas y, sobre todo, en la LOLS, de este "sistema centralizado y selectivo de representaciones profesionales", v. MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones...cit., p. 19 ss.

<sup>295</sup> El carácter insólito de la opción estatutaria en el contexto del derecho comparado fue evidente (por ejemplo, destacando las diferencias respecto del modelo italiano, RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Dallo...cit., p. 100). Un resumen de las críticas suscitadas en torno al modelo de negociación elegido en BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo...cit., p. 116-117).

De las diversas opciones que se le abrían al legislador postconstitucional, una vez que, a la vista de las circunstancias concurrentes, devenía ineludible la necesidad de su intervención<sup>296</sup>, ha elegido la vía más restrictiva posible, sin apartarse demasiado, por tanto, de la tradición legislativa en la materia<sup>297</sup>. Dicha restricción no sólo se hace patente en relación con la exigencias impuestas por un modelo de negociación como el diseñado, sino por ser concebido legalmente en exclusividad<sup>298</sup>, es decir, por no haber previsto, simultáneamente, otros tipos de negociación y de convenio de características diferentes<sup>299</sup>.

Precisamente este hecho, el carácter exclusivo de la opción legal, es decir, el haberse efectuado, por tanto, en detrimento de otros modelos posibles, se va a convertir en el eje de toda la polémica suscitada en torno a la determinación del sistema de negociación colectiva instaurado en nuestro país. En efecto, más que el privilegio otorgado a lo que no es otra cosa que un modelo concreto de negociación y de convenio, es el carácter cerrado con que se ha configurado

---

<sup>296</sup> Necesidad que no era producto de una libre apreciación del legislador, sino del cumplimiento del mandato garantista contenido en el art. 37.1 CE. Sobre las razones concurrentes que propiciaron esta opción (que, a la postre, acaban justificándola), v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 25.

<sup>297</sup> V., en este sentido, la clara sintonía del modelo estatutario con la regulación contenida, respectivamente, en la las leyes de 1958 y 1973. Si se aparta, sin embargo, de su precedente legislativo más inmediato, el RDLRT de 1977, cuyo art. 27 apostaba claramente por la negociación colectiva de eficacia limitada (v., al respecto, BORRAJO DACRUZ, "Los convenios colectivos...cit., p. 50).

<sup>298</sup> Defendiendo este carácter exclusivo del modelo estatutario, entre otros, DIÉGUEZ CUERVO: "Nueva lección sobre la negociación colectiva informal", en *Cuestiones actuales...cit.*, p. 237 ss.; DURÁN LÓPEZ, "El Estatuto...cit., p. 138; en contra, entre otros, BORRAJO DACRUZ, "Los convenios colectivos...cit., p. 57., SALA FRANCO, *Los convenios...cit.*, p. 34.

<sup>299</sup> Señaladamente, la negociación colectiva de eficacia limitada, más acorde, sin duda, con el modelo pluralista diseñado en la CE (en este sentido, entre otros, BORRAJO DACRUZ, "Los convenios colectivos...cit., p. 50). Sin embargo, esta exclusividad, lejos de responder a una concienzuda y serena actividad reflexiva del legislador, se debió a un hecho circunstancial acaecido durante la tramitación del Proyecto de Ley del ET: la retirada del Título IV por una enmienda transaccional de UCD y PSOE, cuyo objetivo era eludir la regulación del cierre patronal contemplado también en dicho Título (sobre el tema, v. SAGARDOY BENGOCHEA, "Intrahistoria...cit., p. 12).

el mismo, deducible del modo en que se ha realizado la concreción legislativa del llamado "derecho de la negociación colectiva" o "derecho de los convenios colectivos"<sup>300</sup>, lo especialmente relevante a efectos de valorar la intervención legal. La cuestión a resolver no es, por tanto, si la opción del legislador por un determinado modelo de negociación se ajusta o no al marco de actuación legal previsto en el modelo constitucional, lo que no parece que sea una cuestión controvertida, sino, más bien, si es constitucionalmente admisible que aquella opción pueda ser hecha en exclusividad, y ello, haciendo abstracción de su carácter contingente<sup>301</sup>.

Sin embargo, el debate doctrinal sobre el tema no se inició como respuesta espontánea a una inquietud teórica acerca de la idoneidad de la intervención legal a la vista del modelo constitucional. Si el legislador no fue consciente de la problemática que potencialmente encerraba la solución adoptada, tampoco en la doctrina se advirtió reparo alguno al respecto. Fue el planteamiento de un problema práctico, la existencia de una negociación colectiva al margen de los cauces previstos, así como las exigencias hermeneúticas derivadas de la eventual integración en el sistema jurídico de los productos convencionales resultantes de la misma ("convenios colectivos extraestatutarios"), lo que hizo ineludible el mencionado debate<sup>302</sup>. La solución al problema,

---

<sup>300</sup> El enunciado del Título III del Estatuto de los Trabajadores ("De la negociación colectiva y de los convenios colectivos") es claramente expresivo al respecto.

<sup>301</sup> Ello significa que, con independencia de los cambios o matizaciones que sufra este modelo legal y de la trascendencia de los mismos, el modelo constitucional va a estar, en cada momento, definido por el modelo legal. De esta forma, el modelo constitucional, aún admitiendo diversas posibilidades de desarrollo legal, va a resultar sucesivamente "congelado" cada vez que se produzca una intervención legal en materia de negociación colectiva. En definitiva, lo que era una característica del modelo legal, su contingencia, se traslada al modelo constitucional que, al quedar absorbido o agotado por el modelo legal, participa, asimismo, de su contingencia.

<sup>302</sup> Un resumen ponderado de los términos del mismo, en v. BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo... cit., p. 116 ss. Como señala este autor, "la <<aceptación>> de la categoría de los convenios colectivos extraestatutarios no plantea, ante su evidencia práctica, ninguna duda, como tampoco puede negarse su escasa

no obstante, tenía como presupuesto insoslayable la determinación de la naturaleza jurídica y eficacia de estos productos convencionales<sup>303</sup>, siendo, en consecuencia, la cuestión a resolver de forma preliminar.

Pero las profundas implicaciones que suscitaba la cuestión no hacía fácil pronunciarse por una u otra respuesta. El cómodo expediente de la adscripción a las tesis legalistas como solución formalmente menos problemática desde el punto vista de las consecuencias, devenía un ejercicio inútil, toda vez que, ni podía obviarse el fundamento constitucional de la negociación colectiva, ni, a la postre, aquélla solución estaba exenta de importantes reparos, teóricos y prácticos.

La diversidad de respuestas que se vertieron al efecto<sup>304</sup> pusieron de manifiesto, desde un principio, la complejidad intrínseca del problema y, en consecuencia, la dificultad de encontrar una respuesta satisfactoria<sup>305</sup>. De este modo, aunque había una especie de consenso acerca de su

---

presencia en el sistema de negociación colectiva y la discontinuidad del fenómeno, pese a la denunciada <<rigidez>> del sistema" (op. cit., p. 118).

<sup>303</sup> En este sentido, ha sido puesto de manifiesto "la exhuberante producción doctrinal sobre la configuración jurídica de estos pactos colectivos de importancia cuantitativa muy modesta" (BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo...cit., p. 118).

<sup>304</sup> Así, resumiendo los términos del debate y de sus protagonistas, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La negociación colectiva como..."cit.; GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación colectiva..."cit., p. 398-403; asimismo, VALDÉS DA-RÉ, "El derecho..."cit., p. 4. SALA FRANCO, "Los convenios colectivos..."cit., p. 60 ss.; DURÁN LÓPEZ, "El Estatuto..."cit., p. 130 ss.; VALDÉS DAL-RÉ, Configuración...cit., p. 47 ss.; GARCÍA MURCIA, "Criterios..."cit., p. 407 ss.; DESDENTADO-BONETE/GARCÍA-PERROTE, "En torno..."cit., p. 545 ss.

<sup>305</sup> Sin reproducir los términos de una polémica doctrinal por todos conocida, hay que señalar, no obstante, su solución pasa inexorablemente por el cuestionamiento de todo nuestro sistema de negociación colectiva. El seguimiento de las respuestas doctrinales al mencionado problema, por tanto, tiene interés, no sólo por la necesidad de dar solución a la cuestión de la calificación jurídica de los convenios colectivos de eficacia limitada, lo cual no es desdeñable, sino en la medida en que de su resolución va a depender la comprensión de las claves que rigen nuestro sistema de negociación colectiva en su conjunto. Por ello, con independencia de que la negociación colectiva de eficacia limitada sea en nuestro país un fenómeno más o menos "marginal" (DURÁN LÓPEZ, "El Estatuto..."cit., p. 143), la importancia (teórica y práctica) del problema permanece inalterada.

viabilidad jurídica<sup>306</sup> y de su eficacia personal limitada<sup>307</sup>, la cuestión de su naturaleza y eficacia jurídica permanecía controvertida.

Así, para un sector doctrinal y jurisprudencial la ausencia de un régimen jurídico específico para los convenios colectivos de eficacia limitada los convertía, a pesar de su fundamento constitucional, en simples contratos regidos por las prescripciones correspondientes del Código civil<sup>308</sup>. En definitiva, para esta posición doctrinal, no sería posible la existencia de una negociación colectiva extra legem, o, de existir, no alcanzaría nunca el rango que le viene reconocido en la CE, sólo reservado a los convenios colectivos estatutarios.

Para otro sector doctrinal, sin embargo, el fundamento constitucional del derecho a la negociación colectiva y, sobre todo, la fuerza vinculante que la CE reconoce a todo convenio (identificada con la eficacia normativa), no admitiría una solución en clave contractualista que, además, dejaría sin resolver importantes problemas jurídicos, señaladamente, el de la vinculabilidad de los convenios

---

<sup>306</sup> Aunque no han faltado quienes, desde posiciones ciertamente radicales, han negado toda virtualidad jurídica a la negociación colectiva llevada a cabo al margen del ET. En este sentido se ha manifestado reiteradamente, MONTOYA MELGAR (Derecho del Trabajo, TECNOS-MADRID, 1985; o, más en concreto, "¿Convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores?", AEDIPE, 1982.; "El Estado y la autonomía colectiva", AL-21/89, p. 275 ss.; y "El modelo español de convenio colectivo; especial referencia al <<convenio colectivo>> extraestatutario>>", en La negociación colectiva CDJ(CGPJ)-MADRID, 1992, p. 279) que, de forma explícita considera a los convenios colectivos extraestatutarios ("lisa y llanamente") como "ilegales y por tanto nulos (art. 6.3 CC)", y, por ello, lamenta que la jurisprudencia del TCT les haya reconocido, aunque sea mínimamente, relevancia contractual (Derecho...cit., p. 173-174).

<sup>307</sup> Este dato marcaba ya una indiscutible diferencia entre éstos y los convenios estatutarios, de eficacia general.

<sup>308</sup> Así, se han manifestado, entre otros, ALONSO OLEA, Las fuentes...cit.; MARTÍNEZ EMPERADOR, art. cit., p...; Para ROMERO DE BUSTILLO ("Voluntad colectiva e individual en la relación laboral", en La administración de los convenios colectivos y su valor normativo, cit., p. 14 ss.), se trata de "acuerdos plurales", ya que, "no se puede ignorar la eficacia obligatoria de los mismos, pero deben reconducirse a la voluntad individual" (p. 20).

colectivos extraestatutarios sobre las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación. Pero tampoco desde estas posiciones se admite su equiparación completa con los estatutarios efectos de calificación jurídica.

En efecto, se estima que la fuerza vinculante se atribuye ex lege, sólo aquellos convenios negociados según el Título III tendrán esta eficacia, siendo los demás meros subproductos negociales de eficacia incierta. De este modo, a pesar de que se les reconoce el fundamento consitucional de su fuerza vinculante, tampoco se acaba por equiparar su naturaleza a la de los "estatutarios" (indiscutiblemente normativa), negándoseles, en última instancia, su carácter de fuente del derecho, lo que, sin embargo, no deja de ser contradictorio<sup>309</sup>.

Como se puede apreciar, el problema de fondo es, de nuevo, el incierto significado de la fuerza vinculante atribuible a todo convenio<sup>310</sup>. La falta de una declaración explícita por parte del Tribunal Constitucional sobre la eficacia y naturaleza jurídica de los convenios colectivos extraestatutarios, junto al inequívoco reconocimiento, por

---

<sup>309</sup> En efecto, este es el caso de VALDÉS DAL-RÉ (Configuración...cit., p. 86), que acaba calificándolo como "acto normativo intermedio", lo que supone la negación del carácter de fuente a los convenios colectivos de eficacia limitada y, en última instancia, el reconocimiento del carácter decisivo de la intermediación legal en la atribución de la naturaleza normativa al convenio, competencia que, de este modo, queda sustraída a la CE. Como concluye este autor, "la decisión de tratar el convenio como norma o como contrato, de incluirle o excluirle del sistema formal de fuentes del Derecho queda fuera de la órbita del texto constitucional, que se limita, y no es poco, a garantizar al convenio la estructura de una ley material cogente" (p. 78). Ello significa que, a pesar de desplegar efectos propios de una norma, no es, sin embargo, una fuente formal del derecho. Por otra parte, como críticamente señala SALA FRANCO ("Los convenios colectivos...cit.", p. 62), "esta construcción doctrinal, pretendiendo salir al paso de los delicados problemas que plantea la atribución de eficacia normativa a los convenios colectivos extraestatutarios -su publicación oficial, el control de legalidad o los problemas de concurrencia aplicativa-, no llega a solucionarlos o, al menos, no explicita en ningún caso estas soluciones. Porque afirmar que los convenios colectivos extraestatutarios no son "normas" sino "contratos o acuerdos normativos" no es decir mucho si no se concretan sus consecuencias".

<sup>310</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación colectiva...cit.", p. 401.

el contrario, de la normatividad del convenio colectivo estatutario, ha traído como consecuencia que, siendo predicable de ambos la fuerza vinculante, ésta adquiera diversas connotaciones, según los casos<sup>311</sup>. No en vano, se parte de la base de que la expresión constitucional contiene un mínimo contenido semántico que, con independencia de la calificación que se le otorgue, se identifica claramente con el despliegue, por el convenio, de los llamados efectos automático, inderogable y sustitutivo, frente a las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación<sup>312</sup>. El problema que se plantea, sin embargo, es la valoración del plus que otorga la ley y, sobre todo, las consecuencias que de la presencia o ausencia de la intermediación legal puedan extraerse en orden a la calificación jurídica de la naturaleza y eficacia de los distintos convenios colectivos.

En este sentido, una de las soluciones propuestas por la doctrina ha sido la de, partiendo de ese irreductible contenido semántico, distinguir dos tipos de eficacia: la eficacia real y la eficacia normativa. La primera se identificaría con ese mínimo y, por tanto, sería desplegada por los convenios colectivos extraestatutarios. La segunda, sin embargo, sólo sería atribuible a los convenios colectivos negociados según las prescripciones estatutarias. De este modo, se efectúa una distinción entre uno y otro tipo de convenio con base en la diferente calificación que merece su eficacia que, además, y esto es lo importante, determina una paralela diferenciación entre la calificación jurídica de uno y otro producto negocial: el convenio colectivo estatutario sería norma jurídica y, como tal se integra en el sistema de

---

<sup>311</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("La negociación colectiva...cit., p. 402), contrastando los diversos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, "todo convenio está dotado de fuerza vinculante a partir del artículo 37.1 CE (esto es lo que dice literalmente la Sentencia 58/85), pero no toda fuerza vinculante ha de ser igual para todo convenio (que es lo que se deriva, expresamente, de las otras Sentencias del TC)".

<sup>312</sup> V. STC 58/85.

fuentes del derecho del Estado; por el contrario, el convenio colectivo extraestatutario, desplegando tan sólo eficacia real, únicamente puede ser merecedor de la calificación (incierta, por otra parte) de "acto normativo"<sup>313</sup>.

Esta tesis, a pesar del esfuerzo teórico que denota, presenta, sin embargo algunos puntos débiles. El primero de ellos, quizás el más evidente, es la falta de diferenciación material entre los dos tipos de eficacia señalados, la real y la normativa. Si, con idéntico amparo en el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante, ambas significan que los convenios, estatutarios o extraestatutarios, se imponen de forma imperativa a las relaciones individuales de trabajo, no se aprecia en qué consiste la diferencia entre uno y otro tipo de eficacia<sup>314</sup>, ni, en consecuencia, el sentido de la misma<sup>315</sup>. Este hecho es especialmente importante, ya que, como se constata, las repercusiones de la distinción formal efectuada no se van a quedar en el plano de la eficacia, sino que, trascendiéndolo, inciden en la calificación jurídica de la naturaleza jurídica que, en última instancia, se le va a otorgar a uno y otro tipo de convenio.

Aparte de la cuestionable operación efectuada, donde la eficacia constituye presupuesto de la naturaleza jurídica, invirtiendo así la lógica relación causa-efecto, lo verdaderamente relevante es, precisamente, la ausencia de fundamento constitucional de donde derivar tan importantes consecuencias.

---

<sup>313</sup> Esta es, en síntesis, la doctrina sentada por VALDÉS DAL-RÉ (Configuración y eficacia...cit., passim).

<sup>314</sup> En realidad, uno y otro tipo de convenio sólo se diferenciaría por la eficacia general del estatutario, que sería, por tanto, el único plus otorgado por la ley. Poniendo de relieve este hecho, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación..."cit., p. 403; en el mismo sentido, BORRAJO DACRUZ, "La obligatoriedad..."cit., p. 16.

<sup>315</sup> Sobre la procedencia de esta la tesis de la eficacia real, así como sobre sus puntos críticos, v. ut supra, Cap. II.3.3.1.b.



En el fondo, no es posible obviar que, latente a todo este planteamiento teórico, se encuentra la necesidad evidente de dar respuesta a la doble cuestión práctica suscitada por la proliferación de los convenios colectivos extraestatutarios. En primer lugar, la imposibilidad de calificar la eficacia de este tipo de convenios como contractual, puesto que ello supondría negarle toda virtualidad frente a las relaciones de trabajo, lo que no casaría con el reconocimiento constitucional (no negado, respecto de los convenios colectivos extraestatutarios) de la vinculabilidad de todo convenio. En segundo lugar, y a pesar de ello, la necesidad de buscar un elemento de distinción entre este tipo de convenio y el estatutario que sea suficiente para justificar la privilegiada posición de éste y, simultáneamente, sirva para fundamentar las relaciones de uno y otro.

La tesis de la eficacia real cumple ese doble objetivo práctico: por un lado, los efectos que de ella se predicen corroboran su vinculabilidad frente a las relaciones individuales; por otro lado, las repercusiones calificatorias que, de su atribución a los convenios colectivos extrestatutarios, se extraen, y cuyo resultado es la degradación de la naturaleza jurídica de éstos respecto de los estatutarios (sólo estos últimos alcanzan la consideración de normas), resuelven de antemano una hipotética relación conflictiva entre ambos tipos de normas<sup>316</sup>.

Pero como hemos señalado, la solución propuesta no puede valorarse como satisfactoria. Y ello no sólo por los puntos débiles que su construcción presenta, sino también por las consecuencias que de ella se derivan respecto de la propia

---

<sup>316</sup> Y, al mismo tiempo, evita una hipotética (y nada demostrada) huida del modelo legal de negociación colectiva con el riesgo de su pérdida de efectividad.

consideración de la negociación colectiva como fuente del derecho en nuestra Constitución. En efecto, este planteamiento, a pesar de partir del presupuesto del carácter originario del poder normativo de los sujetos sociales y, además, coherentemente con ello, fundamentar la misma eficacia material de todo producto negocial en el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante, termina por asignar, con base en la criticada diferenciación formal de la eficacia de uno y otro, la calificación de norma jurídica sólo a los convenios colectivos mediatizados por la ley<sup>317</sup>. En definitiva, aún superando la clásica doctrina jurisprudencial que hacía corresponder los pares eficacia general/norma y eficacia limitada/contrato, la calificación del convenio colectivo como "acto normativo", no supone nada nuevo a los efectos de la conceptualización del convenio como fuente formal del derecho: su fuerza de obligar, como en el contrato, seguirá dependiendo de la ley.

De esta manera, aunque con cierta resistencia inicial, se termina sucumbiendo ante el, más o menos explícito, pero inevitable reconocimiento del carácter decisivo de la intermediación legal en la calificación del convenio como norma. En conclusión, es la ley la que, en última instancia, atribuye esta cualificada naturaleza jurídica, inalcanzable de otro modo. Como es obvio, esto significa la negación del presupuesto del que se partía, es decir, de la originalidad del poder normativo que, de este modo, no pasa de ser una mera declaración retórica. En efecto, como puede apreciarse, carece de utilidad teórica y, en última instancia, deviene incongruente, toda construcción que a pesar de partir de ese presupuesto no se lleva hasta sus últimas consecuencias.

---

<sup>317</sup> En contra de este reduccionismo y, por tanto, extendiendo la normatividad ex art. 37.1 CE a ambos tipos de convenio, v. entre otros, DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, Instituciones... cit., p. 184., SALA FRANCO, "Los convenios colectivos..." cit.;

La necesidad de traer a colación el modelo constitucional de negociación colectiva para contrastarlo con el modelo legal plasmado en el ET puso de manifiesto que el problema de fondo, subyacente a toda la polémica descrita, era el de la determinación del papel de la ley en el desarrollo del mandato constitucional. Se trataba, por tanto, de aclarar si era la ley la que confería al convenio el carácter de norma jurídica y, en consecuencia, sólo los estatutarios tendrían aquella condición o, si, por el contrario, el único plus otorgado por la ley es la eficacia general, siendo la naturaleza normativa una especie de precondition propia de todo producto negocial *ex* art. 37.1 CE. Planteado en estos términos, la resolución del problema de la intermediación legal pasaba necesariamente por la indagación del modelo de negociación colectiva previsto en la Constitución, lo que, como hemos visto, enlaza con el problema, más general, del papel de la ley en la CE y, en última instancia, con el propio significado de la norma constitucional en el contexto del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico.

### 3.2.3.- La eficacia directa del artículo 37.1 CE y los límites de la intermediación legal.

El tratamiento de la cuestión del significado y alcance de la intermediación legal se incardina en el estudio del problema, más amplio, de las relaciones entre norma constitucional y norma legal<sup>318</sup>. Ciertamente, dicha problemática no se suscita hasta que no se produce la

---

<sup>318</sup> Y ello sin perjuicio de que las claves fundamentales de esta problemática han quedado ya apuntadas a la hora de examinar el alcance del mandato contenido en el art. 37.1 CE, y que se derivan directamente de su específica configuración constitucional como garantía institucional.

efectiva intervención del legislador. Antes de ello, a nivel teórico, sólo es posible su estudio mediante el establecimiento de un contenido hipotético de esa intervención. De este modo, se podrían ir estableciendo una serie, más o menos completa, de premisas básicas sobre los condicionantes constitucionales de una eventual intervención legislativa<sup>319</sup>. Sin embargo, será cuando la actuación del legislador tome cuerpo cuando se podrá efectuar la correspondiente valoración de los términos en que aquélla se ha producido a la luz, claro está, del modelo constitucional diseñado.

En efecto, será entonces, y sólo entonces, a la hora de llevar a cabo este "juicio de constitucionalidad", cuando haya que traer a colación los presupuestos materiales que impone el reconocimiento de la fuente colectiva. Los rasgos que definan la línea de actuación legislativa en cumplimiento del mandato constitucional constituyen, por tanto, un prius para el citado juicio valorativo.

Partiendo de esta premisa, el contraste entre modelo constitucional y modelo legal puede hacerse desde dos perspectivas que, actuando de forma complementaria, nos aportarán los datos necesarios para efectuar el aludido juicio de constitucionalidad. En primer lugar, desde un plano formal, será preciso examinar los condicionantes que, para la intervención legal, se deducen del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el art. 37.1 CE. El problema de la eficacia directa del mencionado precepto y, principalmente, sus consecuencias, serán, sin duda, la cuestiones a dilucidar desde esta perspectiva (1). En segundo lugar, las conclusiones provisionales deducidas del análisis formal habrán de ser completadas por las que, desde un plano

---

<sup>319</sup> V., ut supra, el epígrafe anterior.

material, se derivan de la configuración constitucional de la negociación colectiva como fuente del derecho en nuestro ordenamiento jurídico. En este caso, conectando con la línea argumental central del presente trabajo, se trataría de resolver la cuestión planteada a través del examen, más global, de las relaciones ley/negociación colectiva que se derivan de la consideración de ésta como fuente material del derecho en la CE (2).

### 3.2.3.1.- Análisis formal: la CE como norma jurídica y su eficacia directa.

El carácter normativo de la CE y, en consecuencia, la eficacia directa que despliegan sus mandatos, fueron los primeros argumentos que se aducieron para justificar la viabilidad jurídica de los convenios colectivos extraestatutarios. Otra solución hubiera sido incompatible con la supremacía de la norma constitucional sobre la norma legal, carácter que, especialmente acentuado por la doctrina<sup>320</sup>, se erigía en indiscutible punto de ruptura con el sistema jurídico-político anterior<sup>321</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>320</sup> Sobre este interesante tema, v., por todos, L.M. DIEZ-PICAZO, "Concepto de ley y tipos de leyes", REDC-24/88, p. 47 ss.

<sup>321</sup> De este modo, el principal objetivo de la doctrina al defender la eficacia directa de la norma constitucional era evitar que la inercia histórica impusiera interpretaciones que, imbuidas de legalismo, acabaran desvirtuando el verdadero significado de la CE. Como apunta al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA ("La Constitución como norma jurídica", cit., p. 128), en la CE se "ha querido excluir la burla del sistema de libertades que resultó de la técnica seguida por el régimen anterior, en el que una Ley fundamental, la llamada con retórica historicista Fuero de los Españoles, hacía proclamaciones enfáticas de derechos cuya efectividad quedaba seguidamente condicionada enteramente a Leyes de desarrollo (...) Leyes que o bien no llegaban nunca a dictarse, lo que ocurrió con la mayoría de los derechos, o cuando se dictaron regularon a su arbitrio el ámbito y los condicionamientos (...) de los derechos abstracta y retóricamente proclamados". La negación del carácter programático de la CE y la consiguiente revitalización de su naturaleza normativa suponía, por tanto, una ruptura con la tradición legalista, especialmente acentuada en nuestro país, como se desprendía de los pronunciamientos jurisprudenciales (ib., p. 150). Destacando la pervivencia en España de esta tesis, que se mantuvo "al calor de la peculiar naturaleza de nuestras "Leyes Fundamentales", v. NIETO: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", RAP 100-102/83, p. 377. Para este autor, su definitiva

diversidad de posiciones acerca de la naturaleza y eficacia jurídica de los convenios colectivos extraestatutarios pondría de manifiesto, inmediatamente, que su admisibilidad jurídica (es decir, su no prohibición) constituía la única consecuencia que, extraída de la eficacia directa del art. 37.1 CE, era compartida casi unánimemente por la doctrina científica y jurisprudencial.

Ello se debía, fundamentalmente, a que el mencionado consenso se establecía sobre unas premisas meramente formales, de manera que, en función del alcance y significado que cada cual deducía de la eficacia directa del precepto constitucional, las consecuencias serían diferentes e, incluso, podrían llegar a ser contradictorias<sup>322</sup>. De este modo, sin negar la eficacia directa del precepto constitucional, las respuestas doctrinales oscilaban, indistintamente, entre la naturaleza normativa o contractual de los convenios colectivos extraestatutarios. El problema de la intermediación legal, por tanto, quedaba incólume desde el formalismo con el que se planteaba la cuestión de la

---

superación "constituye un avance formidable en el proceso dignificador de la Constitución que, entre nosotros, debe superar no ya sólo la crisis general del liberalismo decimonónico, sino su derrumbamiento durante las dictaduras del siglo XX, en que se degradaron política y jurídicamente a simples declaraciones de principios formales (...). El salto que ahora se da, desde un repertorio de principios programáticos y retóricos a una norma jurídica es, en consecuencia, irrenunciable. De hecho, en el breve tiempo de vigencia de la Constitución de 1978, todo el sistema jurídico ha experimentado un espectacular revulsivo, que hubiera sido inimaginable si no hubiera venido acompañado de esta concepción normativa estricta" (ib., 395). En el ámbito jurídico-laboral, una de las principales manifestaciones de esta transformación vendría dada por el fundamento directamente constitucional de la negociación colectiva y, en consecuencia, por el reconocimiento de la existencia de convenios colectivos al margen de las previsiones legales. De este modo, se superaba, por fin, el legalismo de nuestra tradición corporativa incompatible con el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva.

<sup>322</sup> La razón no era otra que la coexistencia de cánones hermenéuticos dispares. Por un lado, los que imponía la transformación del sistema jurídico operada por la CE. Por otro lado, los que eran producto de la reminiscencia histórica que, profundamente arraigados en los operadores jurídicos, suponían un importante freno a aquella transformación. Una ilustrativa muestra al respecto viene dada por la incertidumbre acerca del papel que debe ser asignado a la ley. Como señala L.M. DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit., p. 49), planteando lúcidamente la problemática, ello se debía, principalmente, a la supervivencia del concepto tradicional de ley "que, a modo de ius receptum, dominaba la cultura jurídica española en el momento de entrar en vigor la Constitución. Y también es éste el concepto que, paralelamente a lo que ha acontecido en otros países europeos, esa misma Constitución ha hecho añicos".

eficacia directa<sup>323</sup>.

Sólo mediante el descubrimiento de las consecuencias que necesariamente se han de derivar de este carácter (fundamental, por otra parte) de la norma constitucional, se podrá deshacer la confusión que envuelve a la polémica en cuestión. Pero ello no puede hacerse en abstracto, es decir, sin la referencia concreta al contenido formal del precepto constitucional<sup>324</sup>. De este modo, el genérico fundamento constitucional de la eficacia directa en los art. 9.1 y 53.1 CE<sup>325</sup> debe ser necesariamente completado con la indagación del contenido del art. 37.1 CE, lo que pondrá en evidencia su susceptibilidad para desplegar efectos directos. No se trata, por tanto, de un problema de normatividad del precepto, que es indiscutible, sino de aplicabilidad del mismo<sup>326</sup>. Su intangibilidad frente a la ley dependerá de la existencia de un contenido propio con capacidad de proyección inmediata sobre el ordenamiento jurídico. Este contenido esencial representará, por tanto, un límite infranqueable a la intervención del legislador<sup>327</sup>.

---

<sup>323</sup> En definitiva, quedaba sin respuesta la cuestión central, que no era la de si la intermediación legal afectaba o no a la determinación del origen (legal o constitucional) del derecho a la negociación colectiva, lo que parecía indubitado a tenor de la jurisprudencia del TC (v., entre otras, STC 58/85, 73/84, 98/85), sino qué consecuencias cabría extraer de la inequívoca respuesta del TC al respecto. En estos términos, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación colectiva...cit., p. 395 ss.

<sup>324</sup> Sobre las dificultades de "hablar en abstracto del carácter normativo de un precepto jurídico", al ser "una de las cuestiones más polémicas de la Teoría General del Derecho", v. NIETO, "Peculiaridades jurídica de la norma constitucional", cit., p. 377.

<sup>325</sup> Lo que ha sido lugar común en doctrina y jurisprudencia. Para NIETO ("Peculiaridades...cit., p. 380) ambos artículos son producto de "la obsesión por la aplicación directa de la Constitución que tuvieron los constituyentes de 1978".

<sup>326</sup> Poniendo de manifiesto el "grave error técnico" que supone la confusión entre ambos caracteres, v. NIETO, art. cit., p. 387. Para este autor, "el problema no estriba en la calificación dogmática de la Constitución, sino en las consecuencias jurídicas que ello comporta".

<sup>327</sup> Destacando la "significación decisiva" de la delimitación de papeles entre el art. 37.1 CE y la ley, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Negociación colectiva...cit., p. 13.

Sin embargo, ya hemos visto las dificultades que presenta trasladar estos esquemas estructurales al análisis del art. 37.1 CE, principalmente derivados de la imposibilidad de identificar, formalmente, un contenido esencial en el precepto. De ahí que, para que esta ausencia no vaya en detrimento de la protección formalmente garantizada por el art. 53.1 CE, la doctrina haya convenido en identificar la existencia de una garantía institucional en el mismo<sup>328</sup>.

Sea de una forma u otra, la referencia a un núcleo irreductible dentro del art. 37.1 CE, identificativo de su contenido mínimo e intangible para el legislador, constituye una condición imprescindible para que la proclamada supremacía de la norma constitucional sobre la norma legal no sea una mera declaración retórica<sup>329</sup>. La norma constitucional necesita ese contenido mínimo a modo de precondition para desplegar, por sí misma, los efectos que le son propios. Sólo entonces sería factible la oponibilidad del precepto constitucional frente a la ley, estableciendo, simultáneamente, el marco de actuación en el que ha de moverse la actividad del legislador prevista en el mismo.

La búsqueda de este núcleo irreductible dentro del art.

---

<sup>328</sup> V. ut supra.

<sup>329</sup> Como hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto con anterioridad, la llamada al legislador efectuada por el art. 37.1 CE no debe entenderse, en ningún caso, como una "patente de corso" que permita al legislador una disponibilidad absoluta del contenido material del precepto constitucional. Antes al contrario, se trata de una llamada que se realiza para garantizar, precisamente, lo que constituye el núcleo irreductible del precepto. Que se llame a este reducto de una forma u otra es una cuestión secundaria: lo importante es la identificación de ese mínimo indisponible por la ley y, por lo tanto, oponible frente a ella. Por ello, la discusión en torno a si ese núcleo ha de conceptuarse como "contenido esencial" o no, en función de si el derecho a la negociación colectiva se califica o no como fundamental, es, en cierto sentido, irrelevante. Más allá de lo que sería un mero ejercicio de nominalismo, lo verdaderamente importante es no olvidar que, en el fondo, la misión del precepto constitucional es articular un sistema de protección de su propio contenido (v. ut supra), es decir, preservar la existencia de la negociación colectiva como fuente. Asimismo, desde un punto de vista formal, la identificación de este "contenido constitucional" y su preservación frente a la ley es, al mismo tiempo, fundamento y prueba de la supremacía de la norma constitucional.



37.1 CE pasa por la distinción entre el mandato dirigido al legislador, concretado en la doble garantía en la que aquél se desglosa (del derecho a la negociación colectiva, por un lado, y de la eficacia vinculante de los convenios, por otro), y el objeto de esa garantía, es decir, el contenido implícitamente garantizado: la negociación colectiva como fuente del derecho<sup>330</sup>. De este modo, el espacio constitucionalmente habilitado para la intervención legal se corresponde con una esfera externa a ese contenido material y su función consiste en el aseguramiento de que la negociación colectiva despliegue toda la virtualidad normativa que potencialmente le corresponde como fuente del derecho<sup>331</sup>. En eso, y sólo en eso, consiste la garantía del derecho a la negociación colectiva y de la eficacia

---

<sup>330</sup> En este sentido se puede apreciar cómo, desde una perspectiva formal, el ámbito de la garantía es coextenso con el contenido material. Así, la garantía del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios se refieren, respectivamente, a la negociación colectiva como fuente material y al convenio colectivo como fuente formal. De este modo, si el reconocimiento constitucional de este cauce de producción normativa culminaba el proceso de juridificación material, el mandato dirigido al legislador, al tener como objetivo la garantía de la funcionalidad de la fuente colectiva en el plano normativo (positividad), el eventual cumplimiento de este mandato sería una de las vías por donde discurriría el proceso de juridificación formal de la misma. Si en la fase de juridificación material se desarrollaba en un plano extrapositivo, donde se ponía de relieve las conexiones existentes entre la negociación colectiva como cauce de expresión normativa de la autonomía colectiva (poder social juridificado), la fase de juridificación formal, al consistir en la concreción de los cauces por los que va a discurrir la producción de normas colectivas, necesita de normas positivas para ello. Pero eso no significa que la ley pueda colapsar la conexión entre poder normativo autónomo y producto convencional, pues sólo la falta de capacidad de los sujetos colectivos para dotarse de un marco procedimental autónomo activaría la garantía constitucional y, la funcionalidad de negociación colectiva como fuente vendría asegurada por la intervención heterónoma del legislador.

<sup>331</sup> No hay que olvidar que el derecho a la negociación colectiva, como todo derecho fundamental, se configura "como defensa frente al legislador, y genéricamente, frente a los poderes estatales", siendo la creación de esta "zona libre de ingerencia estatal", "la función primaria de los derechos fundamentales" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", en El Derecho del Trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales, JACA-UZA, 1982;., p. 45). En consecuencia, sería a todas luces disfuncional pretender que el contenido del derecho pueda ser llenado en cada caso por los sucesivos desarrollos legislativos. Esta desdiferenciación entre el contenido material del derecho y el ámbito objetivo de intervención legal provocaría una inexorable pérdida de identificación de aquél y, a la postre, acabaría por hacer superfluo el precepto constitucional, al socavar su eficacia directa (sería, a lo sumo, una mera "norma programática"). De este modo, concretándose la garantía del derecho a la negociación colectiva en un mandato dirigido a la ley contra la ley misma (único poder competidor, v. ut supra), es obvio, que aquella desdiferenciación haría imposible la función garantista del legislador, a no ser que cayese en una suerte de esquizofrenia.

vinculante de los convenios<sup>332</sup>. Aquí se detiene la eventual intervención de la ley en materia de negociación colectiva, ya que no sería constitucionalmente admisible que el legislador, erigiéndose en "mediador necesario", sobrepasara estos límites<sup>333</sup>, so pena de acabar vaciando de contenido al art. 37.1 CE, haciendo del precepto un simple soporte donde cabría cualquier regulación legal, sea cual fuese<sup>334</sup>.

De ahí que la eficacia directa del art. 37.1 CE, así entendida, se ponga de manifiesto, no sólo cuando se produce una ausencia de intervención, sino, incluso cuando ésta se produzca<sup>335</sup>, pues lo contrario sería presumir iuris ed de iure la adecuación constitucional de toda intervención legal, con independencia de cuál sea la valoración que merezca su contenido y alcance. Como es obvio, ello significaría caer

---

<sup>332</sup> Y precisamente este es el objetivo de la reserva de ley establecida genéricamente en el art. 53.1 CE. La cualificación del contenido a garantizar justifica la exclusión de la potestad reglamentaria. Esta, y no otra, es la función propia de la reserva de ley (en general, sobre el significado de este reposicionamiento de la ley frente al reglamento para el DT postconstitucional, v. RODRÍGUEZ-PINERO: "La Constitución y las fuentes...cit., p. 36 ss.). De este modo, al tener su proyección sobre la esfera externa al contenido material del precepto (la garantía del derecho), nunca podrá utilizarse aquella reserva para excluir la existencia de un sistema autónomo de normas sobre la producción jurídica, con capacidad para hacer efectivo el funcionamiento de la fuente colectiva, materialmente reconocida en la CE.

<sup>333</sup> Como señala al respecto, DIEZ PICAZO ("Constitución y fuentes del derecho", cit., p. 664-665), "la ley no delega en las partes del convenio la producción de las normas, sino que el artículo 37 es muy claro al limitar el papel de la Ley a la de garantía".

<sup>334</sup> Este peligro es especialmente patente en aquellas previsiones constitucionales, escasas, por otra parte, en las que el Estado aparece como destinatario-cumplidor. En estos casos, la efectividad del mandato constitucional depende la existencia de un régimen legal específico. Sin embargo, ni siquiera desde un punto de vista formal este esquema es extrapolable al art. 37.1 CE. En efecto, a diferencia de lo que sucede en los casos descritos, en este precepto no se utiliza la fórmula "la ley regulará..." (por ejemplo, "...el régimen jurídico de los bienes de dominio público", art. 132.1 CE), sino "la ley garantizará...", lo que introduce una diferencia de matiz nada desdeñable (sobre el tema, aunque haciendo especial hincapié en los problemas de la coercibilidad de estos mandatos dirigidos al legislador, v. NIETO, p. 402 ss.).

<sup>335</sup> En contra, DURÁN LÓPEZ ("El Estatuto de los Trabajadores...cit., p. 138). Para este autor, la eficacia directa del art. 37.1 CE es parangonable al efecto directo de las normas comunitarias, de manera que sólo desplegaría su virtualidad "si no se produce el auspiciado desarrollo legal del precepto". Por el contrario, producido éste, "hay que estar a los términos del mismo, previo el correspondiente control de constitucional". En definitiva, concluye este autor, "la Constitución lo único que hace es formular un mandato al legislador ordinario y cumplido ese mandato el único régimen normativo que existe es el que el legislador ordinario consagra".

en un apriorismo incompatible con la ordenación jerárquica entre norma constitucional y norma legal y que, en definitiva, acabaría por hacer inútil el propio precepto constitucional. Al quedar vacío de contenido, su única virtualidad consistiría en hacer de recipiente para "constitucionalizar" cada uno de los sucesivos modelos legales, perdiendo así su funcionalidad como marco de referencia a la actuación del legislador.

Llegados a este punto, la respuesta acerca del carácter decisivo o no de la intermediación legal en la determinación de la naturaleza y eficacia de los productos convencionales pasa, necesariamente, por la indagación, desde una perspectiva material, del sistema de fuentes establecido en la CE y, especialmente, por el papel asignado a la ley en el mismo. De ahí se deducirán una serie de limitaciones que se van a corresponder con las que implícitamente se derivan del reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como fuente del derecho.

### **3.2.3.2.- Análisis material: la CE como marco de organización del sistema de fuentes y el contenido del artículo 37.1.**

Más allá de la superioridad formal de la CE sobre la ley, el fundamento de los límites de la intervención legal en el desarrollo del artículo 37.1 CE, se encuentra en la función que desempeña ese mismo precepto en el contexto de la organización material del sistema de fuentes diseñado en la CE<sup>336</sup>. Si, como hemos visto, dicha función se concreta en

---

<sup>336</sup> Desde esta perspectiva material, sin embargo, no podría hablarse con propiedad de "desarrollo legal" del art. 37.1 CE. En efecto, propiamente, no se trata de desarrollar el art. 37.1 CE, ya que formalmente es insusceptible de desarrollo, sino del modelo constitucional de negociación colectiva (v., ut supra).

el aseguramiento de que la fuente colectiva despliegue plenamente su potencialidad ordenadora, para lo cual, precisamente, se establece un mandato al legislador, parece evidente que la actuación garantizadora de éste no puede ser discrecional. Pero, si tenemos en cuenta que el objeto de la garantía es un cauce de producción normativa, parece que tampoco dicha actuación puede ser decisiva.

En este sentido, la afirmación del carácter decisivo de la intermediación legal sería perfectamente coherente con los esquemas analíticos típicamente formalistas. Sin embargo, trayendo a colación las conclusiones que se derivaban del debate metodológico, parece evidente la inadecuación de los esquemas formalistas para el estudio del sistema de fuentes establecido por la CE<sup>337</sup>. Antes que su supremacía como norma, el propio significado de la CE como marco global de organización jurídica quedaría en entredicho<sup>338</sup> por la omnipotencia que aquellos esquemas conceden a la ley<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Una manifestación de ello es la pretensión, nada infrecuente, de traer a colación el art. 1.1 del C.c. para interpretar la configuración constitucional del sistema de fuentes (así, entre otros, CAMPOS ALONSO, art. cit., p. 391). Como señala L.M. DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit., p. 91), en este sentido, es destacable el contraste entre "la formidable complicación del sistema de fuentes" que introduce la CE, y la "simplicidad de los instrumentos conceptuales con que los juristas españoles estaban acostumbrados a operar". En general, sobre la superación del modelo kelseniano por la CE, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma...cit., p. 116-117. Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, en el esquema gradualista de la pirámide ni siquiera queda a salvo lo que, tradicionalmente, ha venido representando un mínimo irreducible: la operatividad directa del sistema de fuentes constitucionalmente instaurado (Así, NIETO, art. cit., p. 386). Ello se debe a que, como hemos visto, este sistema de fuentes se encuentra en la llamada Constitución material, esfera inaccesible para el formalismo jurídico.

<sup>338</sup> En definitiva, es evidente que "la Constitución es algo más que la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico (la cúspide de la simplista pirámide kelseniana): es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del Derecho" (NIETO, art. cit., p. 399). De este modo, hacer depender la operatividad de una fuente del derecho (la negociación colectiva) de la intermediación legal significaría sustraer a la norma constitucional gran parte de su propia razón de ser.

<sup>339</sup> No hay que olvidar que "la supralegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía, y en tal sentido toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad" (ARAGÓN REYES, Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional, BOGOTÁ, 1986, p. 22).

En efecto, si compartimos las tesis formalistas y estimamos necesaria la mediación de la ley entre norma constitucional y resto del ordenamiento jurídico es evidente que el poder legislativo devendría absoluto e incontrolable. De tal manera, cualquier otra fuente estaría decisivamente mediatizada por la ley<sup>340</sup>. Como hemos visto, ello traería consigo que, tanto la negociación colectiva como el convenio colectivo quedarían, en última instancia, irreconocibles. La negociación colectiva perdería sus rasgos indentificativos, es decir, los que dimanaban del hecho de ser expresión del poder originario de los sujetos sociales<sup>341</sup>, y el convenio colectivo sería, en última instancia, el producto de una necesaria delegación legislativa<sup>342</sup>.

No parece que este resultado sea compatible con la función normadora constitucionalmente otorgada a la negociación colectiva<sup>343</sup>, ni, en última instancia, con la

---

<sup>340</sup> Esta posición preeminente de la ley en el sistema formal de fuentes, propia de los ordenamientos legalistas, tenía como consecuencia, no sólo que constituyera "el principal modo de creación de Derecho", sino que "las demás fuentes son meramente secundarias o subsidiarias, esto es, no poseen otro ámbito de validez y aplicación que el que la misma ley les otorgue" (L.M. DIEZ-PICAZO, "Concepto de ley...cit., p. 48-49).

<sup>341</sup> En general, sobre la incapacidad del formalismo para dar cuenta del poder originario que fundamentaba la fuente colectiva, v. ut supra, Cap. II.

<sup>342</sup> Como hemos visto, en la pirámide kelseniana el convenio tendría su fundamento inmediato en la ley y no en la norma constitucional. Se establecería, por tanto, una vinculación positiva entre ambas fuentes paralela a la que se establece entre ley y reglamento. Como se sabe, este paralelismo ha sido expresamente excluido por la jurisprudencia del TC (STC 58/85), que ha negado la posibilidad de que entre ley y convenio se establezca una relación homologable a la existente entre norma delegante y norma delegada. Precisamente aquí se pone de relieve el significado de punto de inflexión que ha supuesto la CE. Así, como acertadamente apunta DIEZ-PICAZO ("Constitución y fuentes del derecho", cit., p. 664), contrastando la posición actual de los convenios con la preconstitucional, "en el sistema anterior parece que a lo más que se podía llegar era a la consideración de reglas con carácter de fuentes dependientes del derecho o de fuentes de segundo grado, esto es, por delegación de la ley y dentro del ámbito de la ley. La fuente del derecho era la ley y la contratación colectiva, al producir reglas o preceptos jurídicos, lo hacían en la medida en que la ley delegaba en ella".

<sup>343</sup> Ello se debe a que "el modelo pluralista aceptado por la Constitución no permite aceptar una concepción delegante de poderes legiferantes estatales a las partes sociales" (RODRÍGUEZ-PINERO, "La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo", cit., p. 40; en el mismo sentido, VALDÉS DAL-RÉ, "El derecho...cit., p. 2).

respectiva función asignada a la ley en la CE<sup>344</sup>. Desde una perspectiva material se puede decir que nuestra Constitución comparte, al respecto, un rasgo común a todo el constitucionalismo postbélico: la pérdida de la tradicional supremacía de la ley en el ordenamiento jurídico<sup>345</sup>, cuya base era la identificación entre poder constituyente y poder constituido<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> En efecto, esta omnipotencia de la ley, es decir, su carácter incondicionado ante la ausencia de límites que vinculen al legislador, no es compatible, de ningún modo, con nuestro sistema constitucional. Como señala L.M. DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...", p. 77-78), "esta forma de conceptuar la ley no sólo incurre en la contradicción de trasladar una noción propia de la soberanía parlamentaria a un Estado dotado de constitución suprallegal (...), sino que se convierte en heredera, tal vez inconsciente, de toda una antiquísima tradición de pensamiento -que dominó a los mismos jacobinos- según la cual la ley es el producto de la voluntad del soberano, sea éste quien sea en cada momento histórico. Es precisamente contra esta idea contra la que, como un valladar de civilización, se levantó el concepto de Constitución" (en parecidos términos, GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma...cit.; NIETO, "Peculiaridades...cit.). De este modo, la Constitución supone la consagración del principio racionalista frente al voluntarista en la concepción del sistema jurídico, lo que se traduce en la desvalorización del mito de la voluntad popular, que ya no es suficiente para justificar una supuesta omnipotencia de la ley. Ello se debe a que "por encima de la ley existe una supervoluntad popular, expresada en la Constitución, la cual, además, al operar como fuente del Derecho jurisdiccionalmente interpretada, limita de múltiples modos la ley y desvirtúa el antiguo significado autojustificante de la voluntad general" (DIEZ-PICAZO, art. ult. cit., p. 78-79).

<sup>345</sup> Como señala RUBIO LLORENTE (art. cit., p. 34-35), poniendo de manifiesto cómo la CE acoge plenamente el cambio del papel de la ley en el constitucionalismo moderno, "nuestra Constitución actual, como casi todas las europeas de la posguerra, es norma jurídica en el pleno sentido de la palabra. Dentro de ella el legislador no tiene más competencia que la que la propia Constitución le otorga y sus decisiones en forma de ley pueden ser sometidas a juicio de un órgano que monopoliza la interpretación suprema de la Constitución y está facultado, en consecuencia, no sólo para anular la obra del legislador, sino también para imponer o excluir determinadas interpretaciones de la ley". Asimismo, son ilustrativas al respecto las palabras de, PÉREZ ROYO, Las fuentes...cit., p. 16 ss.: "El punto de arranque del sistema no era la Constitución, sino la ley. La Constitución pertenecía al mundo de la política y no al del Derecho. Como norma jurídica no jugaba ningún papel. La ley era auténticamente soberana, era la única norma en el ordenamiento jurídico general, primaria y absolutamente incondicionada (...). La Constitución española de 1978 ha venido a romper con este sistema de fuentes del Derecho y ha configurado otro, completamente distinto y considerablemente más complejo. (...). La introducción en nuestro ordenamiento jurídico de un concepto de Constitución nuevo y diferente respecto del históricamente conocido en nuestro país (...) supone la reducción consiguiente de la ley, de su posición absolutamente privilegiada en el sistema anterior, a una posición, ciertamente preeminente, pero subordinada a la Constitución".

<sup>346</sup> O, lo que es lo mismo, la llamada "soberanía del Parlamento" o "soberanía legal" (NIETO, "Peculiaridades...cit.", p. 386). Por el contrario, como señala L.M. DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit.", p. 51), la "garantía de la supremacía jurídica de la Constitución convierte automáticamente al poder legislativo en un verdadero poder constituido y, por ende, limitado por una norma superior". Esta "crisis de la ley" en la CE (sobre el tema, v. DE ASIS ROIG, "La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978", en La Constitución Española de 1978, cit., p. 169 ss.) se traduce, además, en la pérdida del monopolio de la misma en el ordenamiento jurídico, una vez superado el mito de la voluntad general. Nuestra Constitución no podría ser ajena a esta evolución, como lo prueba su marcado carácter pluralista. Como ha puesto de manifiesto L.M.

La comprensión del sistema jurídico establecido en la CE y, en concreto, la posición de la negociación colectiva en su sistema de fuentes, sólo puede hacerse, por tanto, partiendo de premisas metodológicas más adecuadas a la complejidad con que ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de producción normativa<sup>347</sup>.

Ante todo, hay que partir de la base de que la CE, además de norma, es el marco de organización del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento<sup>348</sup>, es decir, constituye una regulación dotada de sentido<sup>349</sup>. Ello trae consigo la necesidad de que sus preceptos sean puestos en conexión con su contexto material, destacando la función de cada uno de ellos en la construcción del sistema jurídico que la Constitución diseña. La superioridad de la CE, por tanto, depende de que se hayan descifrado correctamente las conexiones de sentido que integra, lo que, sin duda, realza la función de la interpretación jurídica<sup>350</sup>. Así, la única

---

DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit.", p. 80-81), "la Constitución, por lo demás, ha eliminado también el otro gran presupuesto de la construcción de raíz rousseauniana de la ley, a saber: la unicidad del pueblo, trasunto de la individualidad de la soberanía, al que es imputable la voluntad en que la ley consiste". En definitiva, "si el concepto de democracia ha cambiado, es inevitable la transformación del concepto de ley" (ib.).

<sup>347</sup> Poniendo de relieve la centralidad del problema metodológico, v. RODRÍGUEZ-PINERO, "La aplicación de la Constitución...cit.", p. 6. Para este autor, compartiendo al respecto las opiniones de MENGONI Y DWORKIN, se "requieren nuevas metodologías de investigación, al no ser suficientes los clásicos cánones de la interpretación ni los instrumentos constructivos tradicionales. Con ello la interpretación jurídica adquiere además el necesario elemento de coherencia que permite considerar al orden jurídico en su integridad".

<sup>348</sup> En general, sobre este significado de la Constitución como "fuente de las fuentes del Derecho del Trabajo", v. MARTÍN VALVERDE, "La Constitución...cit.", p. 58-59.

<sup>349</sup> Como apunta L.M. DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit.", p. 52), "el problema no está hoy en afirmar que la Constitución es norma jurídica, -lo que en, en su día, fue decisivo para salir al paso de tentaciones programacistas de signo reaccionario-, sino sostener que es fuente del Derecho dotada de un contenido material o sustantivo".

<sup>350</sup> En detrimento, claro está, del voluntarismo propio de los ordenamientos legalistas. Sobre la preeminencia del racionalismo sobre el voluntarismo en la CE, especialmente relevante para el Derecho del Trabajo, v. RODRÍGUEZ-PINERO ("Diritto del lavoro...cit., *passim*). Por otra parte, el carácter de "norma cultural" de la CE no puede ser negado por los operadores jurídicos, ya que "desconocer ese dato y pretender construir una teoría constitucional al margen

forma de poner de manifiesto la superioridad de la norma constitucional sobre el resto del ordenamiento jurídico vendría dada por el hecho de ser contexto hermenéutico obligado para la aplicación de todo tipo de normas<sup>351</sup>.

Concebido el ordenamiento jurídico como unidad dotada de sentido y la Constitución como representación de esta unidad<sup>352</sup>, la idoneidad de los instrumentos metodológicos ha de ser medida en términos de capacidad para proyectar sobre el análisis de las estructuras jurídicas la función de cada una de las instituciones<sup>353</sup>. Sólo así, partiendo de estos presupuestos, hemos podido llevar a cabo el estudio teórico de la negociación colectiva como fuente. De él se desprendía que su proceso de juridificación se desglosaba en dos fases sucesivas: una material y otra formal. La primera se iniciaba con la incorporación del poder social al ordenamiento jurídico (autonomía colectiva)<sup>354</sup> y concluía con la

---

del mismo, supondría trabajar en el limbo más estéril de los formalismos" (NIETO, art. cit., p. 414).

<sup>351</sup> Resaltando este dato, GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución...cit., p., 148. Sobre la necesidad de una interpretación teleológica de los preceptos constitucionales, dominada por la cláusula de Estado social como directriz básica, v. RUBIO LLORENTE, "La Constitución como fuente del Derecho", cit., p. 71 ss. Para L.M. DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit., p. 52-53) es evidente que "de ella deriva el control de constitucionalidad material de las leyes y, en definitiva, la única posibilidad real de limitar la antigua omnipotencia del legislador".

<sup>352</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PINERO ("La aplicación de la Constitución por la jurisdicción laboral", RL-9/92, p. 6), destaca cómo "el <uso constitucional> del Derecho permite resolver la antinomias y lagunas del ordenamiento teniendo en cuenta los principios y valores constitucionales e interpretar y aplicar las normas a la luz de la Constitución, contribuyendo con ello a la armonía del sistema y a la efectividad de la Constitución".

<sup>353</sup> Como ha puesto de manifiesto L.M. DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit., p. 92) la inadaptación de los instrumentos conceptuales para la comprensión de una "Constitución suprallegal", tiene como causa principal, la utilización de una "dogmática de signo formal, en contraposición a la de signo material; esto es, la predominante, cuando no exclusiva, definición de los distintos actos jurídicos por sus caracteres extrínsecos en lugar de por sus contenidos y finalidades".

<sup>354</sup> Esta incorporación, sin embargo, escapa del ámbito de lo objetivamente disponible por la CE, que sólo se concreta en la configuración posterior de sus elementos estructurales (v. *ut supra*). No hay que olvidar que "la Constitución no es siempre una norma conformadora, es también una norma que refleja las situaciones sociales y jurídicas preexistentes que se limita a asumir" (NIETO, art. cit., p. 401). En este sentido hay que entender la juridificación del poder social y, en consecuencia, la posición de la autonomía colectiva como principio en la CE.





configuración de la negociación colectiva como cauce de expresión normativa de ese poder originario. La segunda, partiendo de este reconocimiento, tenía por objeto el efectivo despliegue de la potencialidad normativa de la fuente colectiva.

Pues bien, únicamente en esta segunda fase del proceso de juridificación tiene cabida una eventual intervención de la ley para asegurar la existencia de esa formalización, por su parte, indispensable para la funcionalidad de la fuente colectiva<sup>355</sup>. La fase material se desarrolla íntegramente a nivel constitucional, siendo el objeto, precisamente, la construcción del modelo constitucional. En consecuencia, el establecimiento de la negociación colectiva como fuente material del derecho se impone como un prius a la intervención del legislador que, en su caso, se produce en un momento posterior<sup>356</sup>.

Este dato, sin embargo, no era percibido por los clásicos esquemas del análisis jurídico. Las insuficiencias teóricas de las diversas respuestas al fundamento jurídico del convenio colectivo tenía su base en la identificación entre Derecho y Estado o, mejor dicho, entre ordenamiento jurídico y ordenamiento jurídico estatal<sup>357</sup>. Siendo

---

<sup>355</sup> En este sentido se podría calificar el contenido material del art. 37.1 CE como "norma que contiene una proposición incompleta" (LARENZ, op. cit., p. 174-175), ya que la efectividad del mismo depende del ulterior desarrollo de un sistema (autónomo o heterónomo) de normas sobre la producción jurídica (NSP).

<sup>356</sup> De este modo, siendo evidente que el poder normativo colectivo no es fruto de una delegación legislativa, tampoco puede decirse que su integración en el ordenamiento jurídico se produzca por mediación de la ley (en contra, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La negociación colectiva como garantía institucional...cit., p. 5).

<sup>357</sup> Como hemos tenido oportunidad de comprobar, las respuestas a esta cuestión de fondo nos hacían adentrarnos en la teoría general del derecho, único lugar donde los problemas planteados admiten ensayos aproximativos. Sin traer de nuevo aquí los términos de este complejo debate, donde el problema metodológico está siempre latente, si es preciso recordar como las teorizaciones que se efectuaban al respecto chocaban tarde o temprano con la necesidad de explicar cómo siendo originario el poder normativo colectivo, el concurso de la ley devenía imprescindible para la integración del convenio en las fuentes del derecho del Estado. Como también observábamos, precisamente aquí estaba el error:

insostenible esta identificación después de la promulgación de la Constitución, donde se lleva a cabo la organización global del Estado y la Sociedad, la ley, como derecho del Estado, no es más que un instrumento (aunque siga siendo, sin duda, el más importante) para el logro de los fines constitucionales<sup>358</sup>. Es decir, se trata de una fuente ordenada por la Constitución que, además, puede arbitrar otras que considere más adecuada al cumplimiento de los fines que están en su cúspide.

Como hemos puesto de manifiesto, esto es lo que sucede en nuestro texto constitucional, donde junto a la ley, se establece la negociación colectiva como cauce normativo de expresión del poder colectivo allí reconocido. En definitiva, hay que tener presente que sólo a la Constitución le está encomendada esta tarea de distribuir poderes normativos, lo que no conviene olvidar a la hora de valorar el papel de la ley en la configuración de la negociación colectiva como fuente y, en última instancia, en el aseguramiento de la vinculabilidad del convenio como norma jurídica.

Desde esta perspectiva, el derecho a la negociación colectiva garantizado en el art. 37.1 CE no es otra cosa que la articulación, a nivel de Constitución formal, de la protección jurídica de este cauce de producción normativa materialmente reconocido<sup>359</sup>. Del mismo modo, el papel de la ley en el cumplimiento del mandato constitucional y sus

---

no se trataba de integrar el convenio en "el ordenamiento jurídico del Estado", sino en "el ordenamiento jurídico", a secas. La errónea identificación provenía de una incorrecta apreciación del significado y valor normativo de la Constitución. Sólo mediante la superación del reduccionismo analítico que traían consigo estas incorrecciones, ha sido posible situar en su contexto funcional al poder colectivo.

<sup>358</sup> Sobre el tema v. DE OTTO, Derecho constitucional...cit., p. 11 ss.

<sup>359</sup> Precisamente en el contexto de esta función protectora del precepto constitucional ha de entenderse su configuración como derecho reconocido a los sujetos negociadores. Sin embargo, en el fondo es obvio que se trata de una norma organizativa, en la medida que su función es garantizar la funcionalidad de una forma de producción normativa que la CE habilita.

limitaciones intrínsecas debe analizarse en el contexto, más general, del papel de la ley en el sistema de fuentes diseñado en la CE, profundamente marcado por la revisión de los postulados metodológicos sobre los que, tradicionalmente, se asentaban las relaciones entre ley y Constitución<sup>360</sup>.

De este modo, el reparto de papeles entre la Constitución y la ley en relación con la negociación colectiva sería coherente con su posición en el sistema de fuentes, así como con la potestad ordenadora que se deriva de esta posición. La ley únicamente puede intervenir, por mandato constitucional (precisamente el contenido en el art. 37.1 CE), en un momento posterior, y con la función específica de asegurar la funcionalidad que, como fuente del derecho, le ha sido asignada a la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico por la CE<sup>361</sup>. Sólo así, poniendo de manifiesto su virtualidad ordenadora sin necesidad de intermediación legal, se hará efectiva, por su parte, la mencionada supremacía de la norma constitucional<sup>362</sup>.

---

<sup>360</sup> Básicamente este cambio se traduce en "el paso de un Estado formal de Derecho (que sería, por cierto, el Estado burgués de derecho) a un Estado material de Derecho, o del Derecho en su sentido material y no formal", cuyo propósito básico sería "cerrar el paso a una concepción jacobina, o decisionista-totalitaria, de la democracia que haga de la decisión mayoritaria la suprema y todopoderosa instancia del Estado, absoluta y sin límites" (GARCÍA DE ENTERRÍA, "Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución", REDC-10/84; la cita en, L.M. DIEZ-PICAZO, "Concepto de ley...cit., p. 88). En consecuencia, la cláusula del Estado social se erige en la clave de la evolución sufrida por el constitucionalismo postbélico, cuya principal consecuencia ha sido la revisión de la posición de la ley en el sistema de fuentes.

<sup>361</sup> De este modo, al contrario de lo que sucede en ordenamientos legalistas, "cuando hay una Constitución verdaderamente normativa, sin embargo, lo que la ley puede y no puede hacer lo define la Constitución, que es la que crea todos los poderes públicos -constituidos, en ese sentido-, incluida la potestad legislativa (arts. 66.22 y 152.1 CE)". En conclusión, "la ley existe y tiene fuerza de obligar únicamente porque así lo dispone la Constitución. No tiene ya una fuerza propia y originaria, sino vicaria y derivada. Ya no es un desnudo acto de voluntad, sino que su validez depende de una norma superior" (L.M. DIEZ-PICAZO, "El concepto de ley...cit., p. 70).

<sup>362</sup> En definitiva, no hay que olvidar "que el titular de las leyes interpuestas se convierte, de hecho, en el señor de las normas posteriores, pudiendo alterar bien sea la efectividad de los derechos o de las instituciones, según los casos" (NIETO, art. cit., p. 393).

Consecuencia obligada de las limitaciones que la CE impone al legislador<sup>363</sup>, la intervención de la ley debe adoptar un marcado carácter subsidiario y gradualista: únicamente tendrá cabida en la medida en que sea necesario para asegurar la efectividad de la fuente colectiva. Es decir, cuando los sujetos sociales no estén en disposición de dotarse de un marco propio para la negociación de convenios colectivos<sup>364</sup>.

Todo lo anterior nos lleva a la inevitable conclusión de que, en relación con la determinación de la naturaleza y eficacia de los productos de la negociación colectiva, la intermediación de la ley nunca puede ser decisiva. Siendo su papel garantizar la funcionalidad de la fuente negocial, su función es la de ser un elemento coadyuvante (eso sí, de primer orden) en el aseguramiento de la producción de normas autonómas por los sujetos colectivos y, posteriormente, en el despliegue de todos los efectos que le son propios sobre la realidad objeto de regulación. En consecuencia, ni la existencia de la negociación colectiva como fuente material, ni la normatividad del convenio colectivo como fuente formal, dependen de la intervención de la ley<sup>365</sup>. Antes al contrario, como resultado del diseño constitucional del sistema de

---

<sup>363</sup> Ya que, en ningún caso, se trata de autolimitaciones voluntarias (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La Constitución...cit., p. 41)

<sup>364</sup> En este sentido, se puede afirmar que, en coherencia con su carácter promocional o "de sostegno", la oportunidad de la intervención del Estado está en función inversamente proporcional a la fuerza del sindicato (así, GIUGNI, "La negociación...cit., p. 72).

<sup>365</sup> En consecuencia, como advierte RODRÍGUEZ-PIÑERO ("La Constitución...cit., p. 40), "la posibilidad de una regulación extraestatutaria de las relaciones de trabajo se garantiza, además, mediante la referencia inequívoca a la eficacia vinculante del convenio colectivo. Tal eficacia supone, cuanto menos, reconocer valor normativo al convenio colectivo, que resulta precisamente del reconocimiento de esa autonomía social". No hay que olvidar que, al tratarse de un poder normativo reconocido constitucionalmente, su eficacia directa ofrece menos lugar a la duda. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA ("La Constitución como norma...cit., p. 133), "el efecto más indiscutible del acto constitucional es el de constituir de manera inmediata y efectiva un sistema de poderes capaces de funcionar y de actuar. Este aserto ha sido el único en el que tradicionalmente se resumía el valor normativo directo de la Constitución".

fuentes, la intervención del legislador está condicionada por aquel presupuesto que, implícitamente, conlleva, además, una distribución de espacios normativos entre ley y convenio<sup>366</sup>. No hay que perder de vista que, proviniendo de fuentes preordenadas en la CE, es aquí donde encuentran tanto el fundamento último de su fuerza de obligar, como el ámbito material sobre el que ésta debe proyectarse<sup>367</sup>.

### 3.3.- Consecuencias del carácter no decisivo de la intermediación legal.

Una vez perfilados los límites de la ley en la configuración formal del sistema de fuentes diseñado en la CE, el contraste entre modelo constitucional y modelo legal de negociación colectiva arroja una serie de consecuencias sobre el modo en el que, finalmente, queda articulada, en nuestro ordenamiento, la producción de normas convencionales. A la vista del modelo constitucional, de los términos en que se ha producido la intervención legal en la configuración de nuestro modelo de negociación colectiva, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, la opción del legislador por un determinado tipo de negociación y de convenio, no agota todas las posibilidades que pudieran deducirse del modelo

---

<sup>366</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La Constitución...cit.", p. 41. Para este autor, el reconocimiento de la autonomía colectiva en la CE "presupone, pues, una esfera libre, que sin llegar a una reserva exclusiva de materias, en cualquier caso permita una posibilidad de juego efectivo para la contratación. Y ello no como consecuencia de una mera autolimitación voluntaria de la Ley, sino consecuencia de un concreto mandato constitucional" (las cursivas son nuestras). Este dato será especialmente relevante en el estudio, ya en un plano aplicativo, de las relaciones entre normas autónomas y normas heterónomas, principalmente, en lo que se refiere a la determinación de los criterios que han de regir esas relaciones (v., infra, ep. 3).

<sup>367</sup> Lo que significa que ni la existencia de esas potestades ni la habilitación de esos espacios se debe a una autolimitación legal, sino que es consecuencia directa de "un preciso mandato constitucional" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Diritto del lavoro...cit.", p. 54).

constitucional. Pretender lo contrario, es decir, considerar el modelo legal "estatutario" como el exclusivo desarrollo del modelo constitucional, no sólo sería incompatible con el consustancial pluralismo de este modelo, sino que acabaría desvirtuando la indiscutible superioridad de la norma constitucional sobre la legal, lo que se concreta en el establecimiento de límites a la actuación del legislador en la configuración formal del sistema de fuentes.

Lógicamente, la función última de estos límites es sustraer al legislador la posibilidad de desnaturalizar el carácter originariamente autónomo de la negociación colectiva como forma de producción normativa, lo que sería inevitable si, por el contrario, se reconociese una hipotética competencia legal para determinar bajo qué condiciones los productos convencionales son o no normas, o a cuáles de ellos hay que reconocerles eficacia normativa. En definitiva, ello significaría atribuir a la ley la potestad de distribuir poderes normativos, algo que le estaría absolutamente vedado, pues sólo a la Constitución corresponde el establecimiento y diseño del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. Como habíamos apuntado, la ley como fuente preordenada por la Constitución es un poder constituido, no consituyente, por lo que no puede otorgar, en ningún caso, el privilegio de normar.

En segundo lugar, esas otras posibilidades no tienen que ser necesariamente previstas por la ley. La formalización de los procedimientos de producción normativa, siendo imprescindible para efectividad de la fuente colectiva (y este es el objetivo y la propia razón de ser del proceso de juridificación formal), requiere de un sistema de normas positivas: las llamadas normas sobre la producción

jurídica<sup>368</sup>. Pero esto no quiere decir que deban ser normas legales. Antes al contrario, como se deduce de la experiencia comparada<sup>369</sup>, podrían ser perfectamente normas autónomas, lo que, en última instancia sería incluso más coherente con el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva.

Ello implica que, por un lado, sea factible la producción de normas autónomas a pesar de una hipotética pasividad del legislador, más o menos justificada por las circunstancias concurrentes. De este modo, la inactuación legislativa no conllevaría en todo caso un incumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 37.1 CE. Teniendo en cuenta que al legislador sólo le ha sido encomendado la garantía del derecho o, lo que es lo mismo, la preservación de la funcionalidad de la institución, su pasividad sólo será reprochable constitucionalmente en la medida en que sea necesaria una actuación garantista. Por el contrario, si no es necesario dicha intervención positiva porque la institución sea autosuficiente para desplegar toda su potencial capacidad normadora, la ausencia de la intervención legal no sólo sería jurídicamente irreprochable, sino incluso conveniente<sup>370</sup>. Pero también significa, por otro lado, que una actuación desmedida o inadecuada del legislador no pueda, en ningún caso, desvirtuar la naturaleza y funcionalidad de

---

<sup>368</sup> O "normas secundarias", v, ut supra, Cap. II.

<sup>369</sup> Ejemplos paradigmáticos de negociación colectiva sin desarrollo legal y sin conformidad a la constitución formal (que no material), lo encontramos en Italia, Dinamarca o Suecia (v, al respecto, GIUGNI, "Negociación...cit.", p. 67 ss.). En el caso italiano, la falta de coincidencia entre constitución formal y constitución material se debió, precisamente, a la estrechez del modelo establecido en el art. 39 CI (ib., p. 76), lo que, como hemos visto, es un riesgo que no existe en el nuestro, a la vista de su amplitud.

<sup>370</sup> Evidentemente, la cuestión se plantea en términos hipotéticos. El estado actual de las relaciones colectivas de trabajo, la posición respectiva de los antagonistas sociales, no haría factible esta especie de "laissez-faire colectivo", al menos en nuestro país. Por el contrario, la funcionalidad del sistema de negociación colectiva, en general, y de la norma colectiva, en particular, sigue necesitando de la intervención del legislador. Ahora bien, ello no significa que toda intervención legislativa sea constitucionalmente admisible, ni que el legislador goce de un poder omnimodo en la determinación de las condiciones en que ha de llevarse a cabo la producción de normas autónomas.

la fuente colectiva.

De este modo, no habría ningún obstáculo a la coexistencia de diversos cauces, más o menos procedimentalizados, para la producción de normas convencionales, y ello con independencia del carácter, autónomo o heterónomo, de las normas utilizadas en su formalización. El único requisito exigible para que estos cauces sean tipificados como fuentes formales sería su conexión con la fuente material de procedencia, es decir, deben ser manifestaciones, en el plano formal, de la negociación colectiva como poder normativo (fuente material). Que en la configuración de las fuentes formales se utilicen normas legales o autónomas es irrelevante a estos efectos. En ambos casos, el único juicio que cabe es el de constitucionalidad, nunca el de legalidad.

En tercer lugar, del sometimiento del modelo estatutario de negociación al mencionado juicio de constitucionalidad no se desprende, en principio, reproche jurídico alguno. La opción del legislador estatutario por la negociación colectiva de eficacia general, en tanto que manifestación de la función promocional y garantista que la CE asigna al legislador, encaja dentro del marco establecido por la CE<sup>371</sup>. La amplitud con que está definido el modelo constitucional<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> La relación Constitución-ley, por tanto, entra dentro de la idea de Constitución abierta que caracteriza a la CE. Sobre el tema, v. DIEZ-PICAZO, "Concepto de ley...cit.", p. 74 ss.

<sup>372</sup> En este sentido, como hemos observado, más que de amplitud, habría que hablar de "incomplitud" para calificar la regulación constitucional de la negociación colectiva. Esto no debe valorarse, en modo alguno, de forma negativa. Antes al contrario, esta falta de concreción permite que el proceso de juridificación formal pueda ser desarrollado de diferentes maneras y por diferentes protagonistas, en función de la evolución de las relaciones laborales. La "incomplitud", en este caso, responde a una voluntad deliberada del constituyente, cuyo objeto no es otro que, haciéndolo indiscutible, fortalecer la certidumbre del reconocimiento constitucional de la fuente colectiva. En conexión con lo expuesto acerca del carácter de norma incompleta del contenido material del art. 37.1 CE, se puede decir que, precisamente, dando opción a un desarrollo diversificado del precepto, dicho contenido material permanece inalterado.



permite una solución como la adoptada, y ello, a pesar del intervencionismo que denota. Lo único que no sería constitucionalmente admisible, sin embargo, es que dicha opción pretendiera erigirse en la única posible, imposibilitando la negociación colectiva de eficacia limitada. En este caso, el contraste entre modelo legal y modelo constitucional arrojaría como resultado inevitable la inconstitucionalidad de éste. Pero no es esto lo que sucede realmente.

Aunque pueda deducirse implícitamente del modo en que se ha producido la intervención legal, no existe, sin embargo, ninguna declaración expresa del legislador que proclame la exclusividad del modelo de negociación por él instaurado<sup>373</sup> y, en consecuencia, la prohibición de cualquier otra forma de negociación<sup>374</sup>. De haberlo hecho así, sería evidente la inconstitucionalidad de la regulación legal<sup>375</sup>. Pero al no hacerlo, sólo la interpretación jurisprudencial que pretendiera dicha exclusividad sería claramente inconstitucional<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> Por tanto, al no existir una "inconciliabilidad manifiesta" entre la regulación legal y la CE, siempre sería posible efectuar una interpretación jurisprudencial que evitase plantear una cuestión de inconstitucionalidad, reservada, así, para casos extremos (sobre el tema, GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma...cit., p. 133 y p. 141-143). Esta solución ha sido, precisamente, la STC 58/85.

<sup>374</sup> Como señalan DESDENTADO/GARCÍA-PERROTE (art. cit., p. 550), el ET "no prohíbe, sino que ignora simplemente, el convenio de eficacia limitada".

<sup>375</sup> Y ello, no sólo por vulnerar el art. 37.1 CE. Desde un punto de vista material, la conexión mediata de este precepto con los valores superiores (v. ut supra), provocaría que la mencionada interpretación jurisprudencial atacara directamente a éstos. Es evidente que el juicio de constitucionalidad no puede eludir el contexto hermenéutico que la CE proporciona, ni, en última instancia, la unidad de sentido que los valores superiores otorgan a todo el ordenamiento jurídico (v., al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución...cit., p. 143-144).

<sup>376</sup> En este sentido, DESDENTADO/GARCÍA-PERROTE, art. cit., p. 550. Como destaca RODRÍGUEZ-PIÑERO ("La aplicación...cit., p. 6), "si todo el ordenamiento ha de responder a los principios fundamentales de la Constitución, no es aceptable una interpretación de la normativa infraconstitucional que devalúe la fuerza normativa y la efectividad de los derechos, principios y valores constitucionales en que se apoya nuestro Estado social y democrático de Derecho". Por otra parte, es obvio que el modelo de negociación colectiva de eficacia "erga omnes" es una opción política y no un valor absoluto, a pesar de que desde experiencias corporativistas se quiera ver así (en este sentido, GIUGNI,

Por tanto, el único reproche que se le podría hacer al legislador es el de su desatención por otras modalidades negociadoras que, como la de eficacia limitada, serían, incluso, más acordes con el modelo contemplado en la CE<sup>377</sup>. Pero ello no podría dar lugar a una especie de inconstitucionalidad por omisión<sup>378</sup>, y no sólo por la difícil articulación jurídica de dicha pretensión<sup>379</sup>, sino por la falta de fundamento material al efecto, ya que, en todo caso, estaría expedita la vía para otras posibilidades de negociación que discurriera ajena a los cauces legalmente fijados<sup>380</sup>. La solución vendría por una interpretación integradora<sup>381</sup> que, partiendo de la indiscutible supremacía de la CE, tuviese la virtualidad de colmar las insuficiencias

---

"Negociación...cit., p. 68-72).

<sup>377</sup> Tal es el caso de la negociación colectiva de eficacia limitada, propia de los modelos de pluralismo sindical. Sobre su tipicidad en estos modelos, v. BORRAJO DACRUZ, "Los convenios colectivos...cit., p. 50. Por otra parte, la existencia de otros cauces negociales con menor rigidez procedimental favorecería la reducción del llamado mercado no reglamentado, evitando así la erosión del poder sindical dentro del mercado reglamentado (sobre el tema, v. GUIGNI, "Negociación colectiva...cit., p. 72).

<sup>378</sup> Sobre el concepto de "omisión" y su diferenciación con el de "laguna", v. FIGUERUELO, "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo", REP-81/93; p. 66 ss. En relación con la intervención del legislador postconstitucional en materia de negociación colectiva, no existiría una laguna, ni tampoco una omisión absoluta. En la medida en que se produce una actuación positiva del legislador, sería su "incomplitud" o desarrollo parcial del modelo constitucional lo que ocasionaría la omisión que, en consecuencia, habría que calificarla de relativa (sobre los efectos prácticos de esta distinción, v. ib., p. 67).

<sup>379</sup> Y ello, ni siquiera en supuestos en que concurra una clara "desviación de poder legislativo" (sobre el tema, L.M. DIEZ-PICAZO "Concepto de ley...cit., p. 75).

<sup>380</sup> Poniendo de relieve cómo también en nuestro país, la ausencia de normas sobre la producción no ha sido óbice para la funcionalidad de la fuente colectiva, v. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La negociación...cit., p. 340 ss.

<sup>381</sup> Se puede decir que el reconocimiento de los convenios colectivos de eficacia limitada supone, sin duda, una corrección jurisprudencial a la literalidad del ET (CASAS/BAYLOS/ESCUADERO, art. cit., p. 37). En este sentido, como señala RODRÍGUEZ-PINERO ("Diritto del lavoro...cit., p. 56), del control de constitucionalidad de las leyes "debería derivar, no sólo una posible declaración de inconstitucionalidad de algunas leyes, sino también y sobre todo, la interpretación y la aplicación coherente con los principios y el espíritu de la constitución de las normas que no son consideradas inconstitucionales".

de la regulación legal<sup>382</sup>.

En cuarto lugar, como consecuencia del carácter no decisivo de la intermediación legal en el desarrollo del art. 37.1 CE, el resultado de esta negociación "extralegal" no puede ser comparativamente desvalorado en relación con la "legal", por lo menos, más allá de los límites impuestos por el reconocimiento constitucional (no legal) de la negociación colectiva<sup>383</sup>. En este sentido, siendo el modelo constitucional el referente inmediato, de él se deduce que la naturaleza y eficacia normativas constituye un mínimo predicable de todo tipo de convenio colectivo<sup>384</sup>. Por tanto, la única diferencia que introduce la mediación legislativa

---

<sup>382</sup> En todo caso, la supremacía no es sólo formal, sino que conlleva una especie de supralegalidad material que, desde un plano lógico, evita las nada infrecuentes inversiones hermenéuticas (sobre este problema, v. ut supra). En este sentido, como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO ("La aplicación...cit., p. 6), "frente a la tentación de ininterpretar la Constitución de acuerdo con el ordenamiento jurídico, el respeto al orden constitucional debe llevar a la reinterpretación de los preceptos legales conforme y de acuerdo con los principios constitucionales. Ello supone un cambio fundamental de enfoque y una transformación de la función interpretativa, que exige una nueva lectura de los preceptos laborales más acorde con la Constitución y que tenga en cuenta los preceptos y valores constitucionales". Sobre la idoneidad de este tipo de soluciones, directamente fundamentada en el carácter normativo de la CE, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma...cit., p. 149.

<sup>383</sup> En este sentido, cabe afirmar que el carácter decisivo de la intermediación legal no sólo se pone de manifiesto cuando se niega expresamente la posibilidad de existencia de convenios colectivos extraestatutarios, sino también cuando se efectúa una cualificación jurídica de los mismos por la que resultan comparativamente minusvalorados en relación con los estatutarios.

<sup>384</sup> Ello no es sino consecuencia inmediata del hecho de que la ley ha dejado de ser suprema "entendiendo por tal que define el ámbito de validez y aplicación de las demás fuentes" (L.M. DIEZ-PICAZO, "El concepto de ley...cit., p. 82). Como señala RODRÍGUEZ-SAÑUDO ("La negociación...cit., p. 340 ss.), no ya la experiencia comparada, sino la propia experiencia negocial española, en su etapa inmediatamente preconstitucional, es un ejemplo del desarrollo de la negociación colectiva por cauces extralegales, y ello, sin perjuicio del carácter normativo de los convenios así formalizados. Para este autor, no cabe duda que sólo la inercia histórica justifica las interpretaciones de signo legalista que acaban negando la mencionada normatividad (ib., p. 344-345). En definitiva, ni la creación de normas autónomas, ni su eficacia van a tener su fundamento último en la intervención del legislador. De este modo, la contraposición entre la naturaleza normativa de los convenios colectivos estatutarios (creador, por tanto, de derecho objetivo) y la obligacional de los extraestatutarios (del que, en consecuencia sólo se deducen derechos subjetivos), sólo es concebible partiendo de esquemas analíticos netamente formalistas que efectúan una interpretación del sistema de fuentes constitucionalmente establecido a partir del art. 1.1 del C.c. (así, CAMPOS ALONSO, art. cit., p. 390-391).

se refiere al ámbito de extensión de la eficacia personal<sup>385</sup>, concretándose el plus legal en la concesión de eficacia general a los productos convencionales negociados según sus prescripciones, en plena coherencia, por otra parte, con las exigencias de legitimación contenidas en éstas<sup>386</sup>.

---

<sup>385</sup> Esta "extensión" de la eficacia no prejuzga, sin embargo, su "intensidad" (sobre el tema, v. ut supra)

<sup>386</sup> Sobre la plasmación de esta coherencia en nuestro modelo legal. v. infra, Cap. IV.



## CAPÍTULO IV.- EL MODELO LEGAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO.

### 1.- INTRODUCCIÓN.

El estudio de la negociación colectiva desde la perspectiva de las fuentes del derecho no puede eludir, en ningún caso, el examen del papel de la ley. No es preciso subrayar que, en general, la intervención el Estado en las relaciones laborales constituye un hecho incuestionable. Independientemente de su intensidad o alcance real, así como de la valoración que de la misma se haga, es indiscutible el papel protagonista que el Estado moderno asume en la ordenación de las relaciones de trabajo, palpable tanto en su vertiente individual como en la colectiva<sup>1</sup>. En consecuencia, de entre la multitud de variables que hay que tener en cuenta para la caracterización de un determinado sistema de relaciones industriales<sup>2</sup>, la intervención estatal constituye, sin duda, una de las más destacadas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta intervención no tiene porqué ser valorada peyorativamente, siempre y cuando, claro está, se someta a ciertos límites. De este modo, "una cierta dosis de intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo es, pues, admisible, siempre que no distorsione sensiblemente el regular desenvolvimiento de las mismas" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 18), es decir, siempre y cuando no sea "intervencionismo" (sobre esta diferencia de matiz, ib., p. 19 ss.).

<sup>2</sup> La expresión, de uso común en la actualidad, fue acuñada por los sociólogos funcionalistas americanos (señaladamente, DUNLOP) para designar, en clave sistémica, al conjunto de relaciones que se producen entre los diferentes protagonistas que intervienen en la ordenación del trabajo por cuenta ajena. De este modo, como subsistema incardinado dentro del sistema social se encontraría en interacción permanente con el resto de los subsistemas sociales (especialmente, el económico) y con el sistema político. En conclusión, como señala CARRIER (La estrategia de las negociaciones colectivas, TECNOS-MADRID, 1982, p. 48; traducción y estudio preliminar a cargo de DE LA VILLA), "desde esta perspectiva, las relaciones industriales formarían un subsistema cuyo objeto sería el estudio de las reglas que rigen las relaciones patronales-obreras y los mecanismos a través de los cuales se determinan esas reglas".

<sup>3</sup> Desde una perspectiva eminentemente sociológica, se ha podido estudiar con detenimiento el modo en que la diferente posición del Estado condiciona la relación de fuerzas sociales, siendo evidente su capacidad para alterar los equilibrios de poderes existentes en la sociedad (v., al respecto, el interesante trabajo de CARRIER, La estrategia...cit.,).

Su incorporación al modelo teórico en el estudio de la negociación colectiva como fuente no admitía lugar a dudas, toda vez que la mera eventualidad de dicha intervención era ya suficiente para condicionar la configuración definitiva de la fuente colectiva en un determinado ordenamiento jurídico. La peculiar naturaleza de esta forma de producción jurídica la hace especialmente susceptible a todo tipo de actividad legislativa que se proyecte sobre el ámbito de las relaciones de trabajo, y ello con independencia del objetivo concreto de tal actividad. Como manifestación de poder, la intervención de la ley altera inevitablemente los sutiles equilibrios de fuerzas que subyacen a la actividad negocial, afectando, en consecuencia, a la virtualidad de la negociación colectiva como cauce de expresión normativa y a su propia funcionalidad dentro del contexto del sistema jurídico.

De este modo, tanto la regulación directa de las relaciones individuales de trabajo, sustrayendo a la potestad de las partes contractuales espacios de libre disposición en la determinación del contenido del contrato, como la intervención legislativa dirigida al fortalecimiento de la autonomía colectiva<sup>4</sup> en aras de posibilitar la determinación de aquellas condiciones mediante el cauce de la negociación colectiva, suponen, de forma más o menos mediata, una alteración del mencionado equilibrio<sup>5</sup>. Por una u otra vía, la relación de fuerzas entre los protagonistas sociales resulta modulada. En el primer caso, la intervención de la ley lleva consigo una modificación (tradicionalmente, al

---

<sup>4</sup> Una tipificación de los modos de relación entre Estado y autonomía colectiva en GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 20-21.

<sup>5</sup> Su posición difiere, no obstante, en uno y otro caso. En el primero actúa como protagonista directo en la determinación del condiciones de trabajo; en el segundo, definiendo las reglas del juego, interviene sobre el contexto general en el que se desarrolla la negociación (v., al respecto, CARRIER, op. cit., p. 49 ss.).

alza) del status jurídico del trabajador individual. Un reforzamiento de su subjetividad jurídica repercute negativamente en el poder de la contraparte. El empresario ve así limitado su hegemonía en la determinación de las condiciones de trabajo, consecuencia de su consustancial superioridad negociadora. En el segundo caso, la limitación del poder económico no proviene de la directa intervención legal, sino de la instauración de un contrapoder colectivo con capacidad para negociar las condiciones de trabajo que van a regir en los contratos. La intervención legal, siendo eventual, de llegar a producirse va a ir dirigida al mero apoyo o sostenimiento de ese poder social originario. Aunque el fin último que rige la actividad legal sea el mismo<sup>6</sup>, los medios difieren considerablemente<sup>7</sup>. Estimándose más idóneo el cauce autonormativo para la determinación de las condiciones de trabajo, la ley ve postergado su protagonismo a una eventual participación en la búsqueda del equilibrio de poderes entre las partes, presupuesto imprescindible para la funcionalidad de la fuente negocial<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> No otro que la realización del principio de igualdad sustancial consagrado, formalmente, en el art 9.2 CE (v. ut supra).

<sup>7</sup> Conforme se deducía del estudio del modelo teórico, la intervención del Estado en las relaciones laborales, con independencia de la intensidad y alcance con el que se produzca, constituye un hecho generalizado en la experiencia comparada. La incorporación de este dato al esquema analítico debía tener presente, no obstante, el diverso modo en el que el poder estatal contribuye a modular un determinado sistema de relaciones industriales. De este modo, la utilización de la ley como instrumento al efecto, aún teniendo como objetivo último la corrección del desequilibrio contractual existente entre la posición del empleador y del trabajador, no debería consistir necesariamente en el establecimiento directo de un determinado régimen imperativo de la relación contractual. Por el contrario, valorado positivamente el fin último, es decir, la intervención de la ley en la búsqueda de la igualdad sustancial, los medios para conseguir el fortalecimiento de la posición subjetiva del trabajador podrían ser variados. Entre ellos, la determinación autónoma de esas condiciones a través del cauce de la negociación colectiva es, sin duda, uno de los más adecuados, al suponer, en última instancia, un modo de autocomposición del conflicto social subyacente (v. ut supra).

<sup>8</sup> En definitiva, con independencia del alcance concreto del papel asignado a la ley en cada sistema de fuentes, la intervención legal en el ámbito de las relaciones laborales se ha producido tradicionalmente de dos formas. Por un lado, las primeras manifestaciones de la intervención estatal "correctora" se concretaron en la determinación legal de las condiciones de trabajo, llenando así, de manera más o menos imperativa, buena parte del contenido de los contratos. Por otro lado, más tarde, y ante la paulatina consolidación del poder social, la intervención legal ha tenido como objeto el fortalecimiento de la negociación colectiva como cauce autónomo de expresión normativa, lo que exigía,



Desde la perspectiva de las fuentes del derecho del trabajo, el estudio de las relaciones entre la ley y la negociación colectiva ha de pasar por el análisis de las reglas que rigen el desarrollo de sus respectivas potencialidades normativas<sup>9</sup>. Teniendo en cuenta que la importancia de cada una de ellas en la ordenación de las relaciones laborales está siempre en función inversamente proporcional a la de la otra, la posición de ambas en el sistema de fuentes va a ser una posición relativa, es decir, va a depender del espacio dejado en cada momento por la otra. La configuración de la negociación colectiva como fuente en un determinado ordenamiento jurídico, por tanto, va a estar fuertemente condicionada por el papel asumido por la ley, para lo cual será preciso analizar la doble vertiente en que, como hemos visto, se desglosa su actividad en el ámbito de las relaciones laborales.

Es decir, será necesario examinar, no sólo la intervención de la ley en aras de hacer efectiva la funcionalidad de la fuente negocial, sino también su papel en la determinación directa de las condiciones de trabajo<sup>10</sup>. Desde la primera perspectiva, la actuación del legislador se puede concretar, tanto en la organización de los procedimientos y cauces por los que va a discurrir la actividad de producción normativa de los sujetos colectivos, como, también, en un eventual sostenimiento de la capacidad

---

a veces, el apoyo directo a aquél poder. De este modo, hoy día para comprobar el grado de intervencionismo imperante en un determinado modelo de relaciones laborales, es preciso identificar y valorar el alcance de cada una de estas líneas de actuación estatal.

<sup>9</sup> Sin perder de vista que, tratándose de poderes normativos, ambos tienen la función de limitar el poder hegemónico del empresario en la determinación de las condiciones de trabajo. Sin embargo, el carácter polivalente de la intervención legal, según se ha visto, va a condicionar claramente la relación entre los poderes en liza.

<sup>10</sup> En última instancia, es evidente que el status jurídico del trabajador por cuenta ajena va a ser el resultado de la forma en que se ha producido la interacción entre una y otra fuente en la determinación de las condiciones de trabajo.

negociadora de éstos, limitándose a contribuir en la integración de su poder negociador, sólo en la medida en que lo necesitaran para nivelar el de la contraparte<sup>11</sup>. Desde la segunda, nos interesa tanto el contenido sustantivo de la regulación legal, como el modo en que quedan perfiladas, por la propia ley, sus relaciones con los diversos productos de la negociación colectiva que, potencialmente, tengan vocación de ordenar los mismos contenidos. Estos dos factores serán decisivos, en última instancia, para definir la ubicación de las diferentes normas convencionales en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo.

Como se aprecia sin dificultad, cada una de estas perspectivas analíticas coincide con un plano concreto del sistema jurídico. Así, si en el primer caso, nos movemos dentro del marco de la creación jurídica, en el segundo, estamos ya situados en el plano de la aplicación. En relación con la función de la ley, la diferencia es ostensible. En el primer caso, su papel consiste en la determinación de las condiciones de validez de la norma convencional. En el segundo caso, se trataría de situar la norma válidamente producida en el lugar que le corresponde dentro del contexto del sistema de fuentes. En uno y en otro caso, la labor de la ley no es arbitraria, sino que se encuentra marcada por la función normativa asignada a la fuente convencional.

En cualquier caso, lo que aquí interesa destacar es que,

---

<sup>11</sup> El grado de incidencia de la ley sobre este equilibrio va a depender, es obvio, del propio poder de los sujetos colectivos y del nivel de consistencia que hayan sido capaz de imprimir al sistema de negociación colectiva. Pero independientemente de la mayor o menor vulnerabilidad del sistema frente a la intervención legal, es evidente que el poder estatal constituye uno de los elementos claves en la determinación del equilibrio de fuerzas entre los sujetos negociadores. En este sentido, CARRIER (op. cit., p., 94 ss.) distingue tres facetas que, siendo susceptibles de regulación legal, afectan directamente a la posición de las partes negociadoras. En primer lugar, la definición de la calidad de cada parte, por ejemplo, mediante la selección de los sujetos legitimados para negociar. En segundo lugar, la determinación de los deberes mutuos de las partes, estableciendo, por ejemplo, la obligación de negociar. En tercer lugar, finalmente, la estipulación de las reglas del juego de la negociación.

por ambas vías, la relación de fuerzas entre los protagonistas de las relaciones laborales queda afectada por la intervención legal. De esta forma, la incorporación de este dato al análisis teórico de la negociación colectiva como fuente<sup>12</sup>, debe tener en cuenta la doble perspectiva analítica aludida. No en vano, la modificación del equilibrio de fuerzas sobre el que se sustenta esta forma de producción normativa puede producirse, no sólo como consecuencia de una intervención directa de la ley en tal sentido, sino también, indirectamente, por la regulación legal de los contenidos sustantivos de las relaciones individuales de trabajo<sup>13</sup>.

Precisamente por ello, el objetivo del presente capítulo, la construcción del modelo legal de negociación colectiva en nuestro ordenamiento, se va a desdoblar en el análisis sucesivo de uno y otro plano de actuación legal que, a la postre, devienen complementarios en aquella labor. Ello nos permitirá observar puntualmente el grado de cohesión interna entre el modelo legal y el modelo constitucional, poniéndose de relieve, asimismo, las eventuales disonancias que, como es obvio, serán consecuencia de una actividad legislativa desviada del papel constitucionalmente asignado en la esfera jurídico-laboral. Sin embargo, como veremos no se trata de una tarea fácil. El tradicional sobredimensionamiento de la fuente legal respecto de la colectiva, especialmente señalado en nuestra experiencia histórica, ha provocado, como hemos visto, un cierto solapamiento entre los dos planos, el constitucional y el legal, en detrimento del primero. De este modo, se han

---

<sup>12</sup> v. ut supra, Cap. II.

<sup>13</sup> Es obvio que la posición jurídica del sujeto colectivo no será la misma, y por tanto, tampoco su poder negocial, si la ley regula un determinada materia (por ejemplo, salarios) garantizado unos mínimos que han de observarse necesariamente en todas las relaciones de trabajo, que si, por el contrario, ha fijado unos máximos a la regulación autónoma. En el primer caso, la fijación de un "suelo" a la negociación, proporciona mayor poder negocial a los sindicatos. En el segundo, la fijación de "topes" otorga mayor poder a los empresarios, sustrayéndoselo a los sindicatos.

llevado a cabo interpretaciones claramente distorsionadoras en lo que a la configuración de la negociación colectiva se refiere, que han acabado por asignar a la ley un papel "cuasi-constitucional", con la consiguiente degradación de la Constitución a norma "cuasi-legal".

Por ello, la necesidad de mantener una nítida distinción entre modelo constitucional y modelo legal en el estudio de la negociación colectiva como fuente, se convierte en un presupuesto fundamental para el análisis de la intervención legislativa<sup>14</sup>. Sólo así, manteniendo dicha separación, estaremos en disposición de garantizar un correcto entendimiento del significado del reconocimiento constitucional de la negociación colectiva, primero, y, posteriormente, cuáles deban ser las consecuencias que, de este hecho, se proyectan sobre las relaciones, ya a nivel positivo, entre ley y negociación colectiva.

Parece oportuno, por tanto, que una vez efectuado dicho estudio preliminar, las conclusiones extraídas sirvan para proceder al examen de las dos fases en las que, como hemos señalado, se distinguen claramente en el análisis de las relaciones entre ley y negociación colectiva. En primer lugar, en un plano de estricta creación jurídica, habrá que analizar la intervención de la ley en la garantía del derecho a la negociación colectiva, es decir, en cumplimiento del mandato del art. 37.1 CE, cuyo contenido no es otro que el de hacer funcional a la fuente colectiva en el cumplimiento de los fines que constitucionalmente le han sido asignados, lo que, en última instancia, se verificará mediante el establecimiento de cauces formalizados de expresión normativa

---

<sup>14</sup> Destacando la contingencia del modelo legal como elemento ilustrativo de esa necesaria distinción, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994", en Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, MP(AEDTSS)-MADRID, 1995., p. 36.

(2). En segundo lugar, situados en el plano de la aplicación, habrá que analizar la ordenación legal de las relaciones entre las diversas normas jurídico-laborales, sean autónomas o heterónomas. Como quiera que dicha ordenación, a pesar de realizarse en un nivel positivo o formal, va a afectar a la configuración de la negociación colectiva en nuestro ordenamiento (en concreto, estableciendo una determinada posición en el sistema de fuentes del derecho del trabajo), se hace preciso valorar su idoneidad mediante el sometimiento de la actuación legal al correspondiente juicio de constitucionalidad (3).

## **2.- EL MODELO LEGAL Y LA CREACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES.**

### **2.1.- LA CREACIÓN DE NORMAS CONVENCIONALES Y LA LEY.**

#### **2.1.1.- La pluralidad de fuentes formales de origen convencional.**

Del contraste entre modelo legal y modelo constitucional de negociación colectiva se extrae, como primera consecuencia, la necesidad de reconocer la existencia de una diversidad de productos convencionales (fuentes formales del derecho), y ello con independencia de la naturaleza (autónoma o heterónoma) de las normas que ordenen sus respectivos procedimientos de elaboración. En otros términos, la existencia de un régimen convencional de origen legal, no es óbice para que, no agotando todas las posibilidades del modelo constitucional, éste pueda desarrollar toda su potencialidad a través de un régimen

normativo de distinta procedencia. Así, junto a la existencia de un sistema de normas sobre la producción jurídica heterónomo, es factible la existencia de otro autónomo, más o menos formalizado. Por una y otra vía se llevarán a cabo procesos negociadores que concluirán en normas colectivas que, aunque de diferente tipología, tendrán su fundamento último en la negociación colectiva como fuente material constitucionalmente reconocida.

Esta pluralidad de fuentes formales del derecho, todas ellas con el mismo referente en el plano material<sup>15</sup>, sólo se diferenciarán, por tanto, en el modo en que se ha formalizado la expresión del poder normativo colectivo<sup>16</sup>. Sin embargo, su función normativa y, correlativamente, sus elementos subjetivos y materiales, serán idénticos en cada "tipo" de norma convencional<sup>17</sup>. La existencia de un doble régimen para

---

<sup>15</sup> En este sentido, es lo mismo que ocurre con las fuentes de origen estatal, donde se constata una pluralidad de productos normativos legales (fuentes formales) que provienen de un mismo poder normativo (fuente material). Esta diversificación de cauces formales de expresión normativa es, por tanto, un rasgo común a todo poder normativo. Como señala DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit.", p. 82), "la ley exige un determinado procedimiento de elaboración, más éste no es siempre idéntico; la ley posee una cierta fuerza en sede de derogación, más no es siempre la misma; la ley goza de las notas de primariedad y democraticidad, más no es la única fuente que disfruta de esas características, ni éstas significan en todo caso una misma cosa".

<sup>16</sup> Del mismo modo, el objetivo de esta diversificación es coincidente con el que, a grandes rasgos, fundamenta la de los tipos legales. Como señala DIEZ-PICAZO ("Concepto de ley...cit.", p. 69), "al diversificar los tipos de legales, lo que el constituyente ha querido es precisamente que no todas las leyes tengan la misma energía derogatoria activa y pasiva. Al lado de una fuerza normal, propia de las leyes ordinarias, la Constitución ha reservado ciertas materias y decisiones a distintos tipos legales dotados de mayor rigidez, con finalidades diversas: garantizar una estabilidad superior en ciertas regulaciones, forzar el consenso para la adopción de determinadas medidas, etc.".

<sup>17</sup> En efecto, como tendremos oportunidad de ver *infra*, cada fuente formal, en tanto que cauce de expresión típica del poder normativo colectivo (negociación colectiva), se define por la función normativa que tiene asignada en la ordenación de las relaciones laborales. Esta función se proyecta tanto sobre el plano creativo como sobre el plano aplicativo. En el primer caso, se traduce en la necesidad de que el sistema de normas sobre la producción jurídica integre un conjunto de exigencias referidas, tanto a los sujetos negociadores (garantías subjetivas), como a los contenidos (garantías materiales). Siendo diferentes las funciones asignadas, también lo serán estos elementos estructurales, lo que trae como resultado la posibilidad de tipificar una pluralidad de fuentes formales de origen colectivo. En el plano creativo, la función normativa de cada fuente (y su propia estructura, como resultado) va a constituir el fundamento de los criterios de ordenación de sus relaciones en el contexto del sistema de fuentes.

la creación de normas colectivas<sup>18</sup> exigirá, sin duda, de normas que ordenen sus relaciones y, en última instancia, de criterios que rijan su aplicación<sup>19</sup>, lo cual no es una tarea fácil, máxime si se utilizan esquemas interpretativos excesivamente rígidos. La mayor o menor complejidad inherente al sistema de fuentes del Derecho del Trabajo no puede obviarse mediante operaciones hermenéuticas que, realizadas en clave "legalista", intentan simplificar el análisis mediante el expediente de eludir parte de la problemática.

Es evidente que la intervención de la ley puede modular dicha complejidad, y ello tanto en el plano de la creación como en el de la aplicación normativa<sup>20</sup>, pero lo que nunca puede hacer es buscar la simplificación a costa del propio modelo constitucional. El "horror vacui" que provoca la inexistencia de unos cauces procedimentales diseñados por la ley para este tipo de negociación<sup>21</sup>, aunque comprensible desde una perspectiva historico-jurídica, no puede justificar este tipo de interpretaciones, pues terminan siendo claramente disonantes con aquel modelo.

---

<sup>18</sup> El reconocimiento de este doble régimen convencional ha contado ya con reiterado refrendo en la jurisprudencia del TC (así, entre otras, v. SSTC 73/84, 58/85, 98/85 y 108/89).

<sup>19</sup> Estas normas pueden ser, a su vez, tanto de origen colectivo como de origen legal. El único requisito que deben cumplir es que sean generales e inequívocas, es decir, que no sean susceptibles de interpretaciones contradictorias. Por su generalidad, el instrumento colectivo más idóneo para su establecimiento sería el acuerdo interprofesional. Sin perjuicio de ello, no cabe duda de que la ley se erige en una alternativa nada desdeñable y, quizás, más adecuada al fin perseguido. Pero esto pertenece al terreno de la aplicación jurídica (v. *infra*, Cap. IV), plano distinto al de la creación jurídica, que sólo se refiere a las condiciones de validez que rige la producción de normas jurídicas.

<sup>20</sup> En el primer caso, no sólo proporcionando cauces formalizados de negociación que, dentro del marco diseñado por la CE, colmen las exigencias estructurales del sistema de relaciones laborales, sino también apoyando la capacidad de los negociadores para dotarse de cauces propios. En el segundo caso, a través del establecimiento de criterios de aplicación que se ajusten a la función de los diferentes instrumentos normativos dentro del sistema.

<sup>21</sup> Sobre los problemas que provoca esta ausencia, v. DURÁN LÓPEZ, "El Estatuto...cit.", p. 136.

En coherencia con el modelo constitucional y, a la vista de la intervención legal, se impone, por tanto, el reconocimiento de la aludida pluralidad tipológica. De este modo, una primera clasificación de la misma vendrá dada por la naturaleza (legal o convencional) de su respectivo régimen jurídico. Así, podrá distinguirse entre fuentes formales que han sido producto de una creación legislativa<sup>22</sup>, es decir, han sido objeto de una especie de "legalización", y aquellas otras que, fruto del ejercicio directo del poder negocial, se han desarrollado al margen de las previsiones legales. Estas fuentes "extralegales", cuya principal manifestación ha venido representada por el llamado "convenio colectivo extraestatutario", se caracterizan por la ausencia de un régimen jurídico específico que rija la creación jurídica. Dicha ausencia podría ser suplida por la acción de los sujetos colectivos que podrían autodotarse de un marco negociador más o menos formalizado. Como quiera que hasta la fecha esto no ha ocurrido, parte de la doctrina y, sobre todo, la mayoría de la jurisprudencia ordinaria, han venido entendiendo que el régimen jurídico aplicable a los mismos no es otro que el derecho supletorio por excelencia: el derecho civil. De este modo, todo producto negocial que no se ajustara a las previsiones estatutarias, ha tenido como referente inmediato el "derecho común de los contratos", y ello, sin negar su conexión directa con el art. 37.1 CE.

Tal solución, comprensible desde la óptica contractualista con la que ha sido concebido tradicionalmente el fenómeno negocial<sup>23</sup>, no es, sin embargo, satisfactoria. La superación de las tesis contractualistas en la

---

<sup>22</sup> Y ello, independencia del grado de concreción de su régimen jurídico. En este sentido, es contrastable la diferencia entre la atención recibida por dos de las fuentes explícitamente contempladas por el legislador: el convenio colectivo y el acuerdo de empresa (v. infra).

<sup>23</sup> Conectada íntimamente, a su vez, con posiciones metodológicas de índole formalista (v. ut supra, Cap. I).



fundamentación jurídica del convenio colectivo<sup>24</sup> fue, precisamente, consecuencia directa de su demostrada incapacidad para dar cuenta de la intrínseca complejidad que encerraba este nuevo producto negocial. La razón de ello se encuentra en que su naturaleza normativa casaba mal con el dogma de la autonomía de la voluntad (individual) sobre el que se levantaba el derecho de las obligaciones y contratos. No en vano, se trataba de una realidad nueva que planteaba nuevas exigencias dogmáticas que el derecho civil, como producto histórico-cultural, no podía satisfacer de ningún modo.

Ha sido el propio legislador el que, en aras de la funcionalidad de la fuente colectiva, ha tenido que ir solventando los problemas jurídico-formales que planteaba su incardinación en el sistema de fuentes. Dicha intervención legislativa ha ido dirigida, precisamente, a evitar las disfuncionalidades que provocaba la asimilación jurídica entre convenios y contratos, concretándose, por tanto, en la derogación de los principios civilistas que obstruían la fuerza vinculante de los convenios colectivos, materializada en el sometimiento de los contratos individuales a sus prescripciones. Posteriormente, en la fase promocional, la intervención de la ley ha ido dotando a los sujetos negociadores de una serie de garantías e instrumentos que favorecerían tanto la actividad negocial como la fuerza de los acuerdos logrados, aspectos, por su parte, estrechamente vinculados. Ello ha dado lugar a un acervo normativo, constituido por el llamado "derecho de los convenios colectivos", que bien podría ser calificado como el derecho común de la negociación colectiva<sup>25</sup>. Como tal, respondiendo a las concretas exigencias planteadas por esta figura

---

<sup>24</sup> V. ut supra, Cap. II.

<sup>25</sup> Así, DESPAX, op. cit., p. 126.

jurídica, resulta más idóneo para erigirse en el derecho común aplicable a las ausencias o deficiencias de los regímenes jurídicos convencionales, sean de la naturaleza que sean.

De este modo, salvando los preceptos que claramente se conectan con el plus otorgado por la ley a los convenios colectivos estatutarios, el régimen jurídico aplicable a los extraestatutarios o de eficacia limitada sería el del Título III del ET. Por tanto, haciendo abstracción de la opción de política legislativa que representa la instauración de un modelo de negociación de eficacia general, el régimen estatutario representa la culminación de todo ese acervo normativo, propio o extraño, que ha producido la intervención legislativa en materia de negociación colectiva. Sin duda, sería más correcto el recurso a este régimen, y no al de los contratos, para buscar la integración jurídico-formal de los productos convencionales conectados con el art. 37.1 CE. Y ello, no sólo en relación a supuestos de ausencia de régimen jurídico aplicable, como ocurre con los convenios colectivos extraestatutarios, sino también, cuando haya constancia de lagunas legales evidentes, como acaece, señaladamente, con los llamados acuerdos de empresa<sup>26</sup>.

#### **2.1.2.- La tipicidad de las fuentes convencionales y la intervención del legislador en el proceso creativo.**

Como hemos señalado, la intervención del legislador en la ordenación de la negociación colectiva como fuente

---

<sup>26</sup> U otros tipos de acuerdos que la ley contempla, tales como los acuerdos de fin de conflicto o los acuerdos inteprofesionales. En relación con los primeros, ha sido la solución propuesta en derecho comparado (así, por ejemplo, en Francia, como señala DESPAX, op. cit., p. 126).

tiene su primera manifestación en el plano de la creación jurídica. La ley, como fuente del derecho genéricamente sometida a los fines constitucionales como objetivo específico, lograr la funcionalidad de la fuente colectiva en el cumplimiento del papel que le ha sido asignado, asimismo, por la CE. En este plano, ello se concreta, en primer lugar, en el eventual establecimiento de una serie de cauces procedimentales que, puestos a disposición de los sujetos colectivos, van a favorecer la producción de normas convencionales. Como quiera que esos cauces pueden estar instrumentalizados en el cumplimiento de funciones diversas que, a su vez, colman necesidades reguladoras de diversa índole<sup>27</sup>, es frecuente en los ordenamientos actuales la consolidación de diversos tipos de normas convencionales<sup>28</sup>.

Esta pluralidad de fuentes formales de producción normativa tiene como fundamento inmediato común a la negociación colectiva en el sentido que aquí se le ha otorgado, es decir, como fuente material del derecho reconocida constitucionalmente. Todas ellas, por tanto, son manifestaciones mediatas del originario poder colectivo que, una vez juridificado viene representado por la autonomía colectiva, configurada como subprincipio constitucional. Por ello, los diversos tipos convencionales están amparados igualmente por la garantía constitucional de la fuerza vinculante, siendo la ley la encargada de ir concretando en cada caso los términos en que ha de cumplir aquel mandato. En definitiva, la garantía legal de la fuerza vinculante ha de entenderse referida a todo tipo de norma convencional. En

---

<sup>27</sup> De este modo, "la negociación colectiva, como sistema, recorre en su ordenación desde la esfera de la gestión de la empresa hasta las áreas político-institucionales en las que se determinan globalmente éstas" (BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo...cit., p. 120).

<sup>28</sup> No hay duda acerca de la legitimidad de la intervención de la ley al respecto, ya que precisamente "aquí, y sólo aquí, es donde el margen de disponibilidad del legislador es relativamente amplio" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal y tutela colectiva..."cit., p. 36).

ello se concreta la segunda consecuencia que se deriva del mandato constitucional<sup>29</sup>.

La ordenación de toda este conjunto de productos convencionales de diversa índole no es fácil tarea, toda vez que la propia negociación colectiva concurre con la ley en la creación, más o menos formalizada, de esta serie de cauces de producción. Sin embargo, los más esenciales principios jurídicos hacen insoslayable aquella ordenación pues sólo así el interprete podrá efectuar la determinación de la norma aplicable a cada caso concreto. Para ello habrá de contar con una serie de criterios aplicativos que, en conexión con los principios informadores del ordenamiento jurídico-laboral, tengan la virtualidad de hacer posible la correspondiente labor selectiva. Pero previamente, antes del llegar al plano de la aplicación jurídica, se hace necesario proceder, todavía en el plano de la creación normativa, a la clarificación de la diversa tipología de las normas que pueden concurrir en la ordenación de las relaciones de trabajo. Sólo así estaremos en disposición de llevar a cabo su posterior sometimiento a los aludidos principios aplicativos, que tienen como presupuesto esencial a su función selectiva la existencia de un conjunto, más o menos amplio y diverso, de normas válidas.

Como se sabe, el juicio de validez de una norma se proyecta objetivamente sobre los mecanismos de producción jurídica que conforman el tipo específico, concretándose, en

---

<sup>29</sup> En definitiva, una lectura del precepto constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho revela la proyección en el mismo de la clásica dicotomía fuente material/fuente formal (v. ut supra, Cap. II). Así, por un lado, la garantía del derecho a la negociación colectiva dirigida al legislador, se refiere a la necesidad de que concurren aquellos presupuestos materiales, principalmente relacionados con el poder negociador, sobre los que se asienta la negociación colectiva como fuente material. Y, por otro lado, la garantía de la fuerza vinculante, referida a los productos convencionales, exige que el legislador (poder estatal) no obstaculice, sino que favorezca, la eficacia normativa que, conforme a su naturaleza, deben desplegar aquéllos. Se refiere, por tanto, al convenio en tanto que fuente formal con vocación de insertarse en el sistema de fuentes del derecho.

cada caso, en la verificación de su cumplimiento por los sujetos que, habilitados por el ordenamiento jurídico, protagonizan el proceso productor. Se pueden distinguir, por tanto, dos tipos de presupuestos esenciales en la creación de normas jurídicas. En primer lugar, un presupuesto que podíamos denominar material, consistente en la existencia de un poder normativo que, conferido por el ordenamiento jurídico, habilita a sus titulares para la creación de normas jurídicas en dicho ordenamiento. Esta habilitación, deducida de la propia organización del sistema jurídico, sólo puede ser otorgada por la norma constitucional que, como hemos visto en relación con la negociación colectiva, reconoce dicho poder a "los representantes de los trabajadores y empresarios". Una vez reconocido este peculiar poder normativo e identificados genéricamente sus titulares, se hace preciso efectuar una concreción o formalización de los diversos presupuestos técnico-jurídicos que han de ser observados por aquellos titulares del poder material de ordenación jurídica en que consiste la negociación colectiva.

La especial naturaleza de esta fuente del derecho hace que estos presupuestos técnicos puedan ser diferentes, no sólo en función de los objetivos ordenadores que las partes sociales se fijan en cada caso, sino también en el grado de perfección jurídica que puedan alcanzar. La posibilidad de que las normas sobre la producción jurídica puedan ser tanto de origen heterónomo como autónomo provoca que, junto a un sistema de fuentes formales más procedimentalizado, aparezca otro menos riguroso en cuanto al establecimiento apriorístico de normas precisas por las que deban discurrir los procesos negociadores<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Por otro lado, no hay que olvidar que, además de su función encauzadora de la regulación autónoma, el establecimiento de un sistema heterónomo de normas sobre la producción jurídica conlleva una clara función de control. Como señala BAYÓN CHACÓN, "La evolución histórica de la contratación colectiva en España" en, Quince lecciones...cit., p. 38), "cuando el convenio se generaliza como sistema normal de fijación de condiciones de trabajo, el Estado advierte que a través

Sin embargo, como es fácilmente perceptible, ello no quiere decir que la rigurosidad o perfeccionamiento de los cauces de producción normativa sea predicable, en exclusiva, del sistema heterónomo y, en consecuencia, haya que negar tal virtud a los sistemas autónomos. Como demuestra la experiencia comparada<sup>31</sup>, la formalidad o informalidad de los cauces procedimentales no constituye una característica específica de uno u otro sistema, ni tampoco una virtud en sí misma<sup>32</sup>. Por otra parte, es preciso buscar unos criterios objetivos que, más allá de una eventual, y siempre contingente, formalización procedimental (autónoma o heterónoma), suplan las disfuncionalidades que pueda ocasionar una deficiencia técnica en la articulación formal del marco negocial previsto para cada tipo de norma<sup>33</sup>.

Por ello, trascendiendo este dato, la identificación de los diversos tipos de fuentes formales debe hacerse tomando como criterio básico la función ordenadora que están llamados

---

suyo evoluciona la economía del país, que se escapa a su control e interviene legislativamente estableciendo un Derecho adjetivo, regulando la contratación y, a veces, tratando de controlarla o controlar sus efectos".

<sup>31</sup> En su doble acepción, es decir, tanto en un sentido sincrónico (diversos modelos analizados en una misma etapa histórica), como en un sentido diacrónico (un mismo modelo analizado en sus distintas fases históricas).

<sup>32</sup> La excesiva formalización de los cauces procedimentales puede provocar efectos contraproducentes en el sistema de negociación. Es obvio que un exceso de celo en el establecimiento del marco negociador puede provocar una inhibición de los sujetos sociales, cuya dinámica negocial termina desbordando la rigidez del aquél. Para evitar este tipo de disfuncionalidades, en las que la procedimentalización deviene defecto en lugar de virtud pues en vez de promocionar la actividad negociadora la termina obstaculizando, es preciso que la intervención heterónoma se ajuste a las especificidades materiales del sistema de relaciones colectivas de trabajo.

<sup>33</sup> En este sentido es palpable la existencia no sólo de lagunas en la determinación legal de los tipos convencionales, como ocurre con algunos aspectos del régimen jurídico del convenio colectivo del Título III ET (por ejemplo, la no previsión de una legitimación negocial para los grupos de empresas, v. *infra*), sino también la ausencia completa de régimen alguno, como es el supuesto de los acuerdos de empresa. Por otro lado, la existencia de una negociación colectiva extralegal, cuya informalidad no es óbice para la calificación de sus productos como normas jurídicas, hace necesario el establecimiento de criterios materiales, directamente conectados con su fundamento constitucional como fuente del derecho. La tipificación de los diversos productos convencionales, legalizados o no, debe hacerse, por tanto, en base a esos criterios materiales. Sólo así, es decir, sin sobredimensionar el alcance del papel de la ley, será posible ordenar una realidad normativa tan esencialmente compleja.

a desempeñar y, en correspondencia con ella, el quantum de poder negocial necesario que ha de ostentar los sujetos negociadores. No hay que olvidar que, en relación con los tipos legales<sup>34</sup>, la selección subjetiva que efectúa la ley tiene por objeto la búsqueda del negociador idóneo en cada caso<sup>35</sup>, de manera que exista una correspondencia entre el poder negociador de los sujetos legitimados y la función del tipo de norma que ha de resultar del proceso negociador establecido, proyectada objetivamente sobre el ámbito de aplicación que pueda abarcar aquel poder. Y es precisamente esa correspondencia la que hay que tener en cuenta a la hora de tipificar los productos convencionales del sistema autónomo. En todo caso, como punto de partida debe verificarse la existencia de un poder negocial en los respectivos representantes, condición necesaria y suficiente impuesta constitucionalmente para la existencia de negociación colectiva.

Partiendo de la mencionada dualidad de regímenes convencionales (que, sin embargo, sólo es patente en relación con una de las fuentes formales, el convenio colectivo), vamos a proceder a efectuar el estudio de los diferentes tipos de normas convencionales. El denominador común de todas ellas es, precisamente, su carácter normativo, y ello por ser producto de la negociación colectiva y, en consecuencia, tener como fundamento el poder normativo que la CE reconoce

---

<sup>34</sup> Haciendo abstracción de las concretas referencias legales (una enumeración de las mismas fue efectuada en su día por OJEDA AVILÉS, Derecho Sindical, cit., p. 623 ss.), pues del nomen iuris otorgado en cada caso no se pueden extraer consecuencias dogmáticas, al denominarse indistintamente ("acuerdo", "pacto") a productos convencionales junto a otros que difícilmente tendrían conexión con el art. 37.1 CE. Por esta razón, en el presente trabajo sólo nos ocuparemos de los siguientes "tipos legales": convenio colectivo de eficacia general, acuerdos de empresa, acuerdos interprofesionales y acuerdos de fin de conflicto. Sin perjuicio de su posterior delimitación (v. infra), todos ellos comparten el rasgo común de ser producto de una actividad negocial que, orientada por una función reguladora, es llevada a cabo por sujetos con poder negociador.

<sup>35</sup> De este modo, uno de los objetivos fundamentales de la intervención del legislador va a ser la selección del sujeto negociador (ALONSO OLEA, "Introducción...cit.", p. 21).

a los sujetos sociales.

## 2.2.- EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE TÍPICA.

Dentro del elenco de tipos normativos de origen convencional, el convenio colectivo constituye, sin duda, la fuente más típica. Tanto es así que el término "convenio colectivo" se ha utilizado como expresión genérica que abarca todo producto negocial. Así hay que entender el uso de esta expresión por la norma constitucional y, en consecuencia, hemos convenido que el mandato garantista dirigido al legislador contenido en el artículo 37.1 CE debe interpretarse como referido a la eficacia de los diversos tipos de productos convencionales, fruto, a su vez, de las diversas modalidades negociadoras que, eventualmente, puedan establecerse.

Como es obvio, la mayor o menor riqueza tipológica dependerá de la intervención de los protagonistas del sistema de relaciones laborales, legislador y sujetos colectivos, que, indistintamente, podrán arbitrar el establecimiento de aquellos instrumentos normativos que más se acomoden a las necesidades reguladoras del propio sistema. Por ello, no podría ser considerado como un prius por el constituyente que, con buen criterio, se limita a contemplar genéricamente, bajo la denominación de convenio colectivo, a todo producto convencional, con el objeto último de que sea garantizada la eficacia que le corresponde a su indiscutible condición de norma jurídica ("fuerza vinculante").

Pero el convenio colectivo, como fuente formal, hace referencia a una tradicional categoría jurídica caracterizada



por ser el instrumento ordinario de regulación del conjunto de las condiciones de trabajo relativas a un determinado ámbito de las relaciones laborales. Definido así, por la función normativa específica que desempeña dentro del sistema de fuentes del ordenamiento laboral, proyecta sobre su propia estructura jurídica una serie de exigencias, subjetivas y materiales, que van a encontrar cristalización, en última instancia, en el conjunto de normas sobre la producción jurídica que regirá su proceso creativo. De este modo, si las garantías materiales se concretan en técnicas que garanticen, tanto la suficiencia de los contenidos como su intangibilidad por el tiempo de su vigencia, desde el punto de vista subjetivo, se requerirá una correspondencia entre poder negociador y ámbito de aplicación del convenio.

Llegados a este punto, sin embargo, las soluciones pueden ser diversas. Así, en relación con el poder negociador necesariamente concurrente, la determinación de los criterios que han de verificar aquella correspondencia puede ser objeto de una mediación normativa que, finalmente, suponga una mayor o menor abstracción del mero dato real o fáctico. La propia naturaleza de la representación ostentada por el sujeto colectivo, cada vez más alejada de los esquemas civilistas, ya que, como se sabe, se trata de una representación de intereses y no de voluntades<sup>36</sup>, propicia una difuminación de los vínculos entre representante y representado, que sin llegar a ser parangonable a la representación política, tiene como consecuencia inmediata la neta distinción de una y otra esfera jurídica. La imposición del producto negociado a las relaciones de trabajo, es decir, su normatividad, tiene en esta separación su fundamento más sólido. De esta manera, la vinculación a un contenido regulador se hace insoslayable una vez que se verifique la correspondencia entre poder

---

<sup>36</sup> En este sentido, se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia del TC (v., por todas, la STC 58/85, de 30 de abril, F.J. 4°).

negociador y ámbito de aplicación.

La existencia de mecanismos para llevar a cabo esa verificación favorece, por tanto, la ordenación de las relaciones colectivas de trabajo. En consecuencia, la introducción por el legislador de criterios jurídicos de racionalización de los procesos de identificación del poder negocial "competente" en cada caso, al dotar de claridad al sistema de negociación colectiva, lo hace más efectivo. Por ello, la intervención legislativa, al coadyuvar a la funcionalidad de la fuente negocial, cumple con el mandato garantizador de la CE, y, en última instancia, se inscribiría, como una manifestación específica, dentro de la actividad promocional que le ha sido encomendada.

Las opciones del legislador al respecto pueden ser, sin embargo, diversas. De este modo, sin sobrepasar los límites impuestos por el respeto al principio de autonomía colectiva, su actuación puede ser más o menos intervencionista en función del modelo de negociación colectiva que se trate de potenciar. En nuestro caso, la promoción del modelo de negociación de eficacia general ha provocado una rigurosa determinación de los mecanismos de verificación del poder negocial antes aludidos, jurídicamente articulados mediante unas específicas reglas de legitimación negocial. Ello es comprensible si constatamos la privilegiada eficacia personal que se le atribuye a los convenios colectivos así negociados. Pero, por ello mismo, sólo son justificables respecto de este tipo de convenios colectivos.

Los demás convenios, es decir, los de eficacia personal limitada quedan al margen de esas exigencias cualificadas de legitimación subjetiva, sin que, no obstante, ello pueda ir en menoscabo de su propia caracterización como convenio colectivo, es decir, como fuente formal de derecho. La

inaplicación de las reglas de legitimación estatutarias no supone, en ningún caso, la inexistencia de mecanismos de verificación del poder negocial, sino, únicamente, que éstos deben ser diferentes. No podría ser de otra manera ante la ausencia en estos convenios del plus de eficacia personal, otorgado legalmente sólo a los "estatutarios", y, en consecuencia, a la necesidad de ajustar el poder de negociación de los sujetos y el ámbito de aplicación (personal) del convenio.

El análisis del convenio colectivo como fuente típica ha de partir, en consecuencia, de estos dos subtipos de convenio que, diferenciados exclusivamente por el diverso alcance de su eficacia personal, no puede llevarnos, en ningún caso, a prejuzgar la inequívoca naturaleza normativa de ambos<sup>37</sup>. Por otro lado, al compartir la misma función, es decir, la regulación global de los diferentes aspectos de las relaciones de trabajo existentes en un ámbito determinado (con independencia de la extensión de éste), no hay criterios objetivos con entidad suficiente para distinguirlos tipológicamente. Ambos integrarían la categoría de convenio colectivo, y ello, sin perjuicio del alcance que el diferente poder de los sujetos negociadores en uno y otro caso pudiera tener a la hora de establecer sus relaciones recíprocas en el contexto de la ordenación sistemática de los diversos productos negociales. Pero ésta será una cuestión a dilucidar posteriormente y en otro plano, en el momento de estudiar la aplicación de las normas laborales.

Lo que ahora debe ocuparnos es el análisis, en el plano

---

<sup>37</sup> Y, por tanto, su eficacia jurídica. No hay que olvidar la diferencia que se establecía entre intensidad de la eficacia y extensión de la eficacia, para referirse, respectivamente a la eficacia jurídica y a la eficacia personal (v. ut supra, Cap. II.3). La primera es predicable de todo producto convencional negociado por sujetos negociadores detentadores de poder negocial. La segunda, sin embargo, sólo supone un plus legal que, como tal, está supeditado al cumplimiento de determinados requisitos establecidos por el legislador.

de la estricta creación jurídica, el régimen aplicable a esta fuente formal en cualquiera de sus dos manifestaciones. Para los convenios colectivos de eficacia general, la cuestión está resuelta por la específica atención legislativa de que ha sido objeto<sup>38</sup>, concretada, básicamente, en el Título III ET<sup>39</sup>, así como en las respectivas normas concordantes, dentro o fuera del texto estatutario<sup>40</sup>. El problema se plantea ante la inexistencia de una, siquiera sea somera, referencia a las reglas que han de ordenar el proceso de creación de convenios de eficacia limitada. Sin embargo, como hemos advertido anteriormente, esta ausencia no puede ocasionar una incertidumbre que, a la postre, venga a justificar, bien la degradación como categoría jurídica, al excluirse del sistema de fuentes formales del derecho, bien, desde posiciones más radicales, a negar su viabilidad jurídica. Por el contrario, su ineludible vinculación directa con la negociación colectiva, fuente material reconocida constitucionalmente, hace necesaria, como única salida, la indagación de cuáles sean las reglas que han de observar los sujetos negociadores.

En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que son los propios sujetos colectivos los que pueden dotarse de esta "infraestructura" normativa, solución, sin duda, más aconsejable, no sólo por la mayor adecuación del marco a las necesidades estructurales de la realidad negocial, sino por la madurez y responsabilidad de los sujetos colectivos que

---

<sup>38</sup> La opción promocional por el convenio colectivo de eficacia general (opción política, y no estrictamente técnica), ha supuesto obviamente el reforzamiento de su papel normativo, convirtiéndose en el tipo convencional por excelencia (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Diez años...cit.", p. 8).

<sup>39</sup> Sobre las razones de política legislativa que, ponderando la conveniencia de la inclusión de la regulación convencional en el ET, llevaron, finalmente, a la conversión legislativa de lo acordado en el ABI, v. VALDÉS DAL-RE, "El paradigma...cit.", p. 111 ss. Para este autor, en aquella ponderación fueron decisivos los argumentos, tanto de oportunidad política, como de conveniencia sindical o de economía legislativa.

<sup>40</sup> De forma señalada, respectivamente, el Título II ET y la LOLS.

denotaría tal configuración autónoma<sup>41</sup>. En segundo lugar, ante la ausencia de esta actividad ordenadora autónoma, el régimen aplicable a los mencionados convenios debería ser el previsto en el Título III del ET que, una vez depurado de aquellos aspectos directamente conectados con el otorgamiento de la eficacia general, vendría a ser el derecho común de los convenios colectivos.

Esta solución eludiría las disfuncionalidades, ya expuestas, que provocaría la reiterada remisión a las normas del Código civil, lo que, en definitiva, fuerza la (des)calificación jurídica del convenio colectivo de eficacia limitada como contrato. La manifiesta incompatibilidad entre este tipo de soluciones y el modelo constitucional de negociación colectiva sería, en sí misma, suficiente como para justificar la búsqueda de soluciones más adecuadas con el alcance de esta auténtica fuente del derecho. La expuesta, sin duda, se compagina más con las exigencias planteadas por la configuración jurídica del convenio colectivo, ya que, en definitiva, el régimen estatutario, con las cautelas expuestas, recoge el acervo normativo del que podemos denominar "derecho de los convenios colectivos".

Por otro lado, este carácter de derecho común de la regulación estatutaria resolverá las lagunas que se observan en el régimen jurídico de otros tipos convencionales, estén o no previstos por la ley. Entre los primeros destaca, de forma señalada, el caso de los acuerdos de empresa, de los cuales la ley sólo efectúa puntuales referencias a los supuestos en que tienen cabida, pero sin que ello se acompañe de un régimen específico que pueda traslucir su naturaleza y eficacia. En definitiva, el análisis del convenio colectivo de eficacia general previsto en el Título III ET no sólo

---

<sup>41</sup> SCIARRA, "Norme <<sociali>> e norme <<legali>> nella formalizzazione delle procedure contrattuali", cit., p. 241.

servirá para constatar su coherencia con el modelo constitucional de negociación colectiva<sup>42</sup>, sino que, además, nos proporcionará elementos suficientes para deslindar qué aspectos de su régimen jurídico están directamente conectados con el plus de eficacia otorgado<sup>43</sup> (y, por lo tanto, pertenecen en exclusiva a este tipo convencional cualificado), y que otros son susceptibles de ser aplicables a toda norma convencional.

El estudio de esta privilegiada fuente convencional se va a llevar a cabo desde estos presupuestos. En este sentido, se procederá al examen del régimen estatutario a la vista del indiscutible amparo de la CE a la normatividad del convenio, poniéndose de relieve la conformidad del modelo legal a las exigencias planteadas por el modelo constitucional<sup>44</sup>. Posteriormente, para llevar a cabo el estudio de las exigencias creativas de los convenios colectivos de eficacia limitada, será preciso efectuar una distinción entre aquellos aspectos que, por vincularse directamente a la eficacia general, sólo son aplicables a este subtipo convencional, y aquéllos otros que, por ir referidos al convenio en tanto que norma jurídica, son aplicables a uno y otro tipo de convenio.

---

<sup>42</sup> Y, consecuentemente, también la de las significativas modificaciones sufridas por este Título tras la última reforma, si bien, como veremos, "la verdadera relevancia de la reforma en el terreno de la negociación colectiva se encuentra, aunque parezca paradójico, más fuera del Título III del ET que dentro de él. En la medida en que el nuevo papel del convenio colectivo se deriva, más que de una formulación directa de éste, de la importante alteración del asignado a la ley estatal por el propio ET" (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 337).

<sup>43</sup> Verdadero elemento definitorio del modelo legal (VALDÉS DAL-RÉ, "El paradigma...cit., p. 116), que ha sido criticado, sin embargo, por sus adherencias "corporativistas" (BORRAJO DACRUZ, "La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español", RPS-126/80, p. 17).

<sup>44</sup> Como es obvio, lo contrario sería una "perversión metodológica", ya que significaría la "constitucionalización" del modelo legal (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Diez años de Estatuto de los Trabajadores", cit., p. 7).

### 2.2.1.- El convenio colectivo de eficacia general.

La diversa entidad de los aspectos disciplinados por las normas que componen el régimen jurídico convencional<sup>45</sup> del Título III ET, acorde con los, también diversos, presupuestos materiales que integran el tipo normativo<sup>46</sup>, exigen que el estudio se haga sistematizando los preceptos atendiendo al presupuesto material que tratan de garantizar. En este sentido, se puede comprobar como el genérico mandato constitucional se desglosa, dentro del Título III ET, en tres bloques normativos: las reglas de legitimación o "garantías subjetivas"<sup>47</sup>, dirigidas a asegurar la existencia un poder negociador necesariamente cualificado; las reglas sobre el contenido del convenio o "garantías materiales"<sup>48</sup>, cuya misión es la de asegurar la funcionalidad normativa del contenido convencional; por último, nos encontramos con una serie de reglas accesorias cuyo objeto no es otro que garantizar la efectividad de la norma convencional creada y que, como tales, pueden ser calificadas de "garantías formales".

#### 2.2.1.1.- Garantías subjetivas.

---

<sup>45</sup> Que básicamente se dirigen a regular el proceso de creación jurídica que debe ser observado para la producción de este tipo normativo específico. Se trata, por ello, de normas sobre la producción jurídica que, como tales, constituyen auténticos presupuestos de validez.

<sup>46</sup> La exigencia de estos presupuestos materiales es consustancial al tipo convencional específicamente contemplado. De este modo, tal conexión se puede apreciar en otros ordenamientos. En Francia, donde la atribución de la eficacia general constituye una excepción dentro de un sistema convencional de eficacia limitada, la asignación ex post de estos especiales efectos se condiciona al cumplimiento de una serie taxativa de requisitos, no sólo de legitimación, sino también de contenido (v., sobre el tema, CHALARON, art. cit., p. 16-17).

<sup>47</sup> La expresión ha sido utilizada por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos...cit., p. 59.

<sup>48</sup> Dentro de las que se incluyen tanto las normas configuradoras del convenio (art. 85.2 ET), como el llamado "contenido mínimo" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos...cit., p. 55).

#### 2.2.1.1.1.- Poder negociador y reglas de legitimación.

La conexión entre las específicas reglas de legitimación previstas en el Título III ET, por un lado, y la atribución legal de eficacia general a los convenios colectivos sometidos a las previsiones estatutarias, por otro, constituye una opinión incontrovertida<sup>49</sup>. La validez del convenio colectivo de eficacia general, como tipo negocial cualificado<sup>50</sup>, está supeditada, principalmente<sup>51</sup>, al cumplimiento de una serie de "garantías subjetivas" que, de este modo, se configuran como la conditio sine qua non para la asignación legal de los especiales efectos anudados a este tipo convencional. La necesaria cualificación del poder negociador de los sujetos colectivos, objetivo perseguido por dichas garantías, viene justificada, en consecuencia, por los especiales efectos atribuidos<sup>52</sup>. Las reglas de legitimación tienen el cometido específico de garantizar que los sujetos negociadores ostenta el quantum de poder negocial que requiere el, legalmente expandido, ámbito de aplicación personal del convenio "estatutario"<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Así, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 26; ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos..., cit.; VALDÉS DAL-RÉ ("Algunas cuestiones en materia de legitimación para negociar convenios de eficacia general", DL-12/84, p. 30-31), SEMPERE NAVARRO, "La ley 32/84 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma", RL-85(I), p. 376. Por lo demás, el TC ya ha tenido oportunidad de manifestarse explícitamente al respecto (v., entre otras, la STC 73/84, de 27 de junio).

<sup>50</sup> No como norma jurídica que, como hemos expuesto, no depende de la intermediación legal y, por tanto, es atribuible ex CE a todo producto de la negociación colectiva.

<sup>51</sup> Como hemos advertido, también existen otro tipos de requisitos (materiales y formales) conectados con la formalización del resultado del proceso negociador (VALDÉS DAL-RÉ, "Algunas cuestiones...cit., p. 30).

<sup>52</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos...cit., p. 59 ss.

<sup>53</sup> De este modo, al establecer "un sistema selectivo y excluyente de sujetos capacitados para negociar", las reglas de legitimación consituyen una "fórmula cerrada que no contiene concesión alguna al libre juego de la autonomía colectiva", es decir, son normas de derecho necesario, integradas dentro del llamado "orden público laboral" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 60). En parecidos términos se ha manifestado el TC (v. STC 73/84, de 27 de junio, F.J. 2).



Para ello se recurre, básicamente, al mecanismo de la representatividad<sup>54</sup> que, a la postre, se convierte en el eje de todo el sistema de negociación colectiva previsto legalmente<sup>55</sup>. De este modo, el diseño legal de la titularidad del poder negociador no escapa al proceso de centralización y selección de los sujetos colectivos<sup>56</sup> que ha venido imponiéndose de forma progresiva, principalmente, por el decidido empeño que ha caracterizado a la actividad legislativa postconstitucional<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Sobre la representatividad como institución jurídica medular de nuestro modelo sindical, v. GARCÍA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas (Posición jurídica y dimensión política)*, MTSS-MADRID, 1987; ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La representatividad de los sindicatos españoles en el modelo laboral español*, MADRID, 1990; NAVARRO NIETO: *La representatividad sindical*, MTSS-MADRID, 1993; RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Sobre la representatividad sindical", RL-88(II), p. 18 ss.; VALDÉS DAL-RE: "Representación y representatividad sindicales en España", RL-88(II), p. 145 ss.; CASAS BAAMONDE: "Democracia, representatividad y afiliación sindicales", en *Cuestiones actuales...* cit., p. 589 ss.; asimismo, "Justicia constitucional y representatividad sindical", TL 19-20/1990, p. 45 ss.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "La representatividad sindical (artículos 6º y 7º LOLS)", en *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, TECNOS-MADRID, 1986; p. 189 ss.; OJEDA AVILÉS, "La representatividad sindical como excepción", RL-92 (II).

<sup>55</sup> Sobre la reafirmación por parte del TC (v., entre otras, la STC 98/85 o la STC 108/89) del "engarce" existente entre las exigencias legales de representatividad y la especial eficacia otorgada a los convenios colectivos estatutarios, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", cit., p. 399-400; asimismo, CASAS BAAMONDE, "Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical", TL 19-20/90, p. 75-76. En general, la extensión de la eficacia subjetiva del convenio va siempre conectada a la institutución de la representatividad sindical, y ello con independencia de la diversidad de los criterios de verificación de la misma (un ilustrativo repaso a la realidad comparada en, LIEBMAN, "Rappresentatività del sindacato ed efficacia del contratto collettivo" RItDL-83; p. 435 ss.).

<sup>56</sup> Sobre la representatividad como mecanismo típico de selección del agente contractual en los sistemas de pluralismo sindical, v. SCIARRA/WEDDENBURN, art. cit., p. 59 ss. En nuestro país, esta selección se caracteriza por que se lleva a cabo mediante "una fuerte y reiterada intervención normativa" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit.", p. 23; BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo...* cit., p. 132). Destacando las particularidades de uso selectivo de la representatividad en nuestro ordenamiento, VALDÉS DAL-RE, "Representación...cit.", p. 148-149; asimismo, NAVARRO NIETO, "El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española", RL-87(II), p. 280 ss.

<sup>57</sup> Sobre el neocorporativismo immanente a esta tendencia, v. MARTÍN VALVERDE, "Las transformaciones...cit.", p. 37 ss. Para este autor, "la legislación ha propiciado la selección y centralización de representaciones profesionales en vistas a una gestión concertada de la economía y en aras a la gobernabilidad del sistema de relaciones laborales y del propio sistema político" (p. 41). De este modo, el pluralismo que caracteriza al modelo constitucional se ha visto fuertemente corregido, sin que ello signifique, no obstante, que haya necesariamente que deducir "un juicio de incompatibilidad global del neocorporativismo con la libertad sindical" (p. 44). De este modo, la mayor representatividad se convierte en "el instrumento jurídico a través del cual se concreta y toma cuerpo el intercambio político que instauran las fórmulas de economía concertada" (VALDÉS DAL-RE, "Representación...cit.", p. 152.). De ahí que esta técnica constituya para el Estado un modo de control de la actividad sindical y, en concreto, de la negociación colectiva (GLADSTONE/OZAKI, art. cit., ). En general, sobre este tema, en el contexto del papel del sindicato en lo que

En todo caso, con independencia de cuál sea la principal intención del legislador, no parece que ofrezca duda el hecho de que la representatividad como mecanismo selector tiene como objetivo lograr la concurrencia de un efectivo poder negociador<sup>58</sup> y, en consecuencia, contribuye directamente al aseguramiento de este presupuesto esencial<sup>59</sup>. Desde este punto de vista, y más allá del plus de eficacia personal que se le anuda legalmente, el convenio negociado con los requisitos de legitimación exigidos por el ET ostenta una indiscutible calidad, al suponer la integración de poderes negociadores de una cierta magnitud<sup>60</sup>.

Sin perjuicio de ello, no hay que obviar que la idoneidad del mecanismo de la representatividad para la verificación del poder negociador concurrente va a depender, en gran medida, de los criterios sobre los que se asiente

---

se ha llamado "salida concertada de la crisis" (DURÁN LÓPEZ, "Sindicatos y...cit., p. 317 ss.), v. GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 210 ss.; NAVARRO NIETO, La representatividad...cit., p. 41 ss. En todo caso, es evidente la inserción de la negociación colectiva de eficacia general en este contexto y, en consecuencia, la vigencia de la tradicional conexión entre convenio colectivo "erga omnes" y modelo corporativo de relaciones laborales (v. sobre el tema, MANCINI, "Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes", cit., p. 580 ss., que resalta, no obstante, la disponibilidad del sindicato a pagar el precio que se le imponga).

<sup>58</sup> Desde esta perspectiva la intervención del legislador instaurando el mecanismo de la representatividad va dirigida a dar "consistencia" al sujeto colectivo (CARRIER, op. cit., p. 95).

<sup>59</sup> Y también, claro está, favorece el control de la negociación colectiva por parte de los sindicatos más representativos, al "expresar el derecho de los más representativos a participar en las negociaciones" (STC 73/82, de 27 de junio; F.J. 2).

<sup>60</sup> Por ello, el establecimiento legal de la representatividad ha estado tradicionalmente conectada con la función promocional de la actividad sindical (V. GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 43 ss.; igualmente, NAVARRO NIETO, La representatividad...cit., p. 77, que destaca, al respecto, la "prevalencia jurídica de una visión funcional de la libertad sindical", dirigida a lograr "la efectividad del momento organizativo"). En todo caso, estando en juego la propia libertad sindical, la fundamentación constitucional de la libertad sindical, nos encontramos ante un problema de límites (STC 98/85, F.J. 7), es decir, "se exige que, en la concreción normativa del fomento de la representatividad, que arrancaría del referido precepto, no se conculquen otros mandatos constitucionales y, en concreto, se mantenga un equilibrio con las exigencias de la libertad sindical y del principio de la no discriminación" (ESCUERO RODRÍGUEZ, "La representatividad..."cit., p. 25).

aquel instituto<sup>61</sup>. En este sentido, en función de los criterios utilizados para evaluar la representatividad<sup>62</sup>, el poder negociador podrá ser más o menos abstracto. En todo caso, el grado de asintonía entre el poder negociador real y el presuntamente atribuido por los criterios de medición de la representatividad no deben superar ciertos límites so pena de provocar una inevitable disfuncionalidad en la norma colectiva que, a la postre, acabaría privándola de efectividad. La verificación de la correspondencia entre poder negociador y ámbito de aplicación de la norma convencional puede, en consecuencia, verse alterada por una inadecuación en la selección de los criterios de medición de la representatividad.

En nuestro modelo, la opción legal por el criterio de la audiencia electoral<sup>63</sup>, en el caso de los sindicatos, y el de la consistencia asociativa y el censo de trabajadores ocupados, en el caso de las asociaciones empresariales<sup>64</sup>, si bien es plausible desde el punto de vista de la objetividad

---

<sup>61</sup> En este sentido, es evidente que en esta "visión institucionalizada" de la representatividad se aprecian evidentes "elementos de inercia", especialmente presentes en el diseño legal del modelo de negociación colectiva (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Sobre la representatividad sindical", cit., p. 18).

<sup>62</sup> Sobre la diversidad de estos criterios en la experiencia comparada, v. MONTALVO CORREA, El concepto de sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos, IES-MADRID, 1980.

<sup>63</sup> Ello supone la continuidad, como elemento de inercia histórica, de "la presunción de un paralelismo entre la representación política y la representación profesional" que, tomando este criterio como decisivo reproduce los anteriores esquemas de selección de interlocutores, si bien en un contexto claramente diferente (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Sobre la representatividad...cit., p. 18-19). Sin embargo, su utilización como criterio de medición de la representatividad fue propuesta por los propios sujetos sociales, en concreto y de forma expresa, en el AMI, si bien "tan sólo con fines negociales" (VALDÉS DAL-RÉ, "Representación...cit., p. 149).

<sup>64</sup> La inexistencia de una "simetría" entre las técnicas de selección de unos y otros sujetos se debe a las evidentes diferencias organizativas y, especialmente, en el diverso significado que, en uno u otro caso, tiene la "mediación representativa" (RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit., p. 51).

en la medición<sup>65</sup>, no conjura, sin embargo, los riesgos de disfuncionalidad antes aludidos<sup>66</sup>. Sus insuficiencias se ponen de relieve en relación con ambas partes. Del lado social, hay que destacar, en primer lugar, que el sistema electoral margina o infrarrepresenta a un gran número de trabajadores y, en segundo lugar, desestimula la afiliación<sup>67</sup>. Estos defectos, sin duda, hacen aumentar el grado de abstracción que, en la verificación del poder negociador real, induce este criterio<sup>68</sup>. Si ello se considera en el contexto de un sistema de negociación colectiva tendencialmente dirigido hacia niveles cada vez mayores de descentralización, apremiado por las exigencias planteadas por la creciente diversificación de las relaciones productivas, el mencionado riesgo constituye algo más que una mera probabilidad<sup>69</sup>. En general, esta asintonía representativa, constituye, en cierta medida, una crisis de

---

<sup>65</sup> En relación con la audiencia electoral como "criterio legitimador" se han destacado las siguientes virtudes: "objetividad, legitimidad democrática y coherencia", sin desconocer, sin embargo, su efecto desincentivador de la sindicalización (CASAS BAAMONDE, "Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical", cit., p. 51; asimismo, VALDÉS DAL-RÉ, "Representación...cit., p. 154).

<sup>66</sup> El sólo hecho de que sea "la propia norma la que establece el criterio de medida de esa representatividad, lo que no puede significar sino un añadido a la intensidad de su intervención" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 24), es ya un elemento que, en sí mismo, puede provocar claras distorsiones en el modelo. En este sentido, destacando "el exceso de juridificación" de éste como uno de las causas fundamentales de su "crisis" actual, BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo...cit., p. 133.

<sup>67</sup> Ello ocurre por "disociar la fuerza representativa del hecho asociativo" (VALDÉS DAL-RÉ, "Representación...cit., p. 155). En general, sobre las disfuncionalidades provocadas por el criterio de la audiencia, v. el detallado análisis de ESCUDERO RODRÍGUEZ, La representatividad...cit., p. 55 ss.

<sup>68</sup> Máxime cuando, en un sistema de pluralismo sindical, no sólo se va a utilizar como mecanismo de selección de interlocutores, sino también como el principal rasero para medir el peso relativo de cada uno de ellos en el sistema de relaciones laborales, lo que, como se sabe, no está exento de importantes consecuencias para la determinación de la posición jurídica de los diversos sindicatos (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Sobre la representatividad...cit., p. 19).

<sup>69</sup> Destacando la posible rigidez de nuestro "original" sistema de atribución de la representatividad, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Sobre la representatividad...cit., p. 19. Como señala este autor (ib.), "la representatividad, la representación misma, no es sólo un concepto jurídico que pueda obtenerse mediante un reconocimiento legal; la representatividad no puede desligarse de la realidad, y por ello del apoyo real de los representados, de la identificación con sus representantes" (las cursivas son nuestras).

legitimación<sup>70</sup> que, por ende, sólo puede ser resuelta mediante soluciones "relegitimadoras"<sup>71</sup>. Del lado económico, por su parte, el problema se suscita por la especial dificultad de acreditación de la representatividad de las asociaciones empresariales<sup>72</sup>.

Ello es importante puesto que, en última instancia, lo que está en juego es la propia efectividad de la norma convencional que, de seguir este proceso, se mostraría ineficaz para desempeñar sus funciones de ordenación y regulación de las relaciones laborales. La pérdida de esta funcionalidad específica supondría el desdibujamiento del modelo constitucional, que, en última instancia traería causa de una inadecuación del modelo legal. Como quiera que es, precisamente, el legislador a quien incumbe, por mandato constitucional, garantizar el diseño de la fuente negocial allí efectuado que, además, contempla la normatividad del convenio como presupuesto incuestionable para el cumplimiento de los fines que le han sido asignado, será el legislador el

---

<sup>70</sup> Lo que, por otra parte, no es otra cosa que una manifestación específica de la que se ha venido a llamar genéricamente "crisis de representación o de representatividad", aludiendo a la puesta en cuestión de la funcionalidad del papel mediador del sindicato (v., sobre el tema, especialmente debatido en Italia, GRANDI: "Rappresentatività e costituzionalità", RIDL-92(I), p. 6 ss.; asimismo, son ilustrativas al respecto la propuestas legislativas de GHEZZI y GIUGNI: "La rappresentanza e la rappresentatività sindacale in parlamento", RGL 2-3/89; p. 305 ss.; también, FERRARO/GRANDI/PERA/SPAGNUOLO VIGORITA: "Maggiore rappresentatività del sindacato e nuovi problemi di legittimità costituzionale" GDLRI-17/83, p. 155 ss.; GIUGNI: "Spunti per una proposta di legge: come misurare la rappresentatività del sindacato"; SCIARRA: "Per una fase zero della legislazione di sostegno? Modelli di rappresentanza sindacale a confronto"; BERTINOTTI, "Crisi di rappresentanza come crisi di democrazia"; CARADELLI: "Legge e sistema volontario nella definizione della rappresentanza sindacale", intervenciones todas ellas contenidas en QL-90.

<sup>71</sup> En este sentido, deben ser "los sindicatos los responsables de evitar que la representatividad <<oficial>> no sea una verdadera representatividad, como representación auténtica y fiel del interés y también en cierto modo de la voluntad de sus representados. El rechazo de presiones externas, la reducción de tendencias autocráticas, el mantenimiento de relaciones permanentes con las bases, es decir, una práctica y un clima de democracia sindical, son elementos imprescindibles para ello" (RODRÍGUEZ-PÍÑERO, "Sobre la representatividad...cit., p. 20).

<sup>72</sup> Tanto es así, que este problema se ha convertido en "uno de los aspectos más endebles y frágiles del entero sistema de negociación colectiva estatutario" (VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma de las reglas de legitimación negocial" (II), RL-9/94, p. 1).

que debe corregir las disfuncionalidades aludidas, ajustando el marco negociador a las exigencias de una cambiante realidad social. De este modo, si bien es cierto que las mencionadas disfuncionalidades del modelo legal de negociación colectiva haya que contemplarlas dentro del contexto, más general, de una posible crisis del modelo de representatividad sindical<sup>73</sup>, también es cierto que es responsabilidad del legislador eliminar los obstáculos que dificulten el despliegue de las potencialidades ordenadoras de la fuente colectiva.

Las reformas actuales, en general, han ido en esa línea correctora<sup>74</sup>. De este modo, los "retoques" efectuados en las reglas de legitimación, y que afectan tanto a la negociación colectiva de ámbito empresarial como a la supraempresarial, tienen como finalidad adecuar los criterios técnicos de verificación de la correspondencia entre sujeto negociador y ámbito negocial<sup>75</sup>. El objeto último es evitar los efectos perversos para el sistema convencional, en general, y para la propia efectividad del convenio, en particular, que pudieran venir provocados por un exceso de abstracción del mecanismo de la representatividad, tal y como hoy está configurado en nuestro ordenamiento.

---

<sup>73</sup> Caracterizada por una progresiva burocratización de los aparatos sindicales y, consecuentemente, por un paralelo distanciamiento de éstos con las bases (v. infra, 2.3.1).

<sup>74</sup> Como se destaca en la propia Exposición de Motivos, el objetivo de la reforma es "favorecer el desarrollo de la negociación colectiva, facilitando la adopción de acuerdos en las Comisiones Negociadoras por parte de sujetos con una adecuada legitimación" (las cursivas son nuestras). Sin embargo, como ya ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, no todas las modificaciones se ajustan "al fin confesado" (v., al respecto, el extenso comentario efectuado por VALDÉS DAL-RE, "La reforma de las reglas de legitimación negocial" (I), (II) y (III), en, respectivamente, RL 8, 9 y 10/94, pp. 1 ss.).

<sup>75</sup> No obstante, se detectan algunas contradicciones, como la inclusión de normas de corte corporativista que incrementan injustificadamente la abstracción de las reglas de legitimación (p. ej. en el caso del art. 87.4 ET, en relación con la atribución de legitimación para negociar convenios de ámbito estatal a los sindicatos "mas representativos" de Comunidad Autónoma); o bien otras que, en vez de eliminar, intensifican la confusión existente (p. ej., el art. 87.1, párr. 2, en relación con la determinación de la legitimación para negociar los llamados convenios de franja). Ello provoca, a la postre, un alejamiento de los objetivos declarados de la reforma (VALDÉS DAL-RE, "La reforma...(III), cit., p. 11).

En el estudio de las reglas de legitimación vamos a distinguir entre legitimación inicial o interviniente (art. 87 ET) y legitimación complementaria o deliberante (art. 88.1 ET)<sup>76</sup>. Por último, habrá que hacer referencia a las reglas preceptuadas para la válida adopción del acuerdo dentro de la comisión negociadora (art. 89.3 ET) que, propiamente, no pueden ser calificadas como reglas de legitimación<sup>77</sup>. Todo ello, partiendo de la diferente configuración de la legitimación negocial que la norma estatutaria efectúa en función de si el nivel negocial es empresarial (o inferior) o supraempresarial. Y es precisamente en esta dicotomía donde encontramos el primer elemento de rigidez.

En efecto, un problema cada vez más relevante, y no sólo a nivel doctrinal<sup>78</sup>, es el planteado por la ausencia de regulación estatutaria para la negociación colectiva

---

<sup>76</sup> Para algún sector doctrinal, a pesar de la confusión introducida por la dicción legal, en los arts. 87 y 88 ET se distinguen, respectivamente, reglas de capacidad convencional y reglas de legitimación (DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, *Instituciones...* cit., p. 200). Contrario, sin embargo, a la delimitación entre "capacidad y legitimación" y, en general, a cualquier otra diferenciación entre el conjunto de "garantías subjetivas", se muestra ESCUDERO RODRÍGUEZ (op. cit., p. 66), ante la propia confusión terminológica del ET al respecto.

<sup>77</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RE ("La reforma... (I)", cit., p. 1), que las denomina "reglas para la válida conformación de la voluntad negocial". Para este autor, criticando una continuada doctrina jurisprudencial, es bastante discutible la integración de estas reglas dentro de las de legitimación, de manera que, junto a las llamadas legitimación "interviniente" y "deliberadora", aquéllas vendrían a constituir la llamada legitimación "decisoria" (en este sentido, MARTÍNEZ EMPERADOR, art. cit., p. 65). Por ello, aunque sea cierto que "el conjunto de garantías subjetivas tienden, todas ellas, a la consecución de un mismo objetivo, cual es el preservar la seriedad del erga omnes (...), es más cierto que las reglas sobre capacidad convencional, legitimación plena y forma de adopción de acuerdos ni está concatenadas institucionalmente entre sí ni pertenecen, las tres, a una común categoría jurídica" (VALDÉS DAL-RE, "La reforma... (III)", p. 2). Ello no obstante, su integración dentro de las genéricas "garantías subjetivas" establecidas como conditio sine qua non para la validez del convenio colectivo de eficacia general (ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Los sujetos...* cit., p. 59), justifican su estudio sistemático junto con las, propiamente dichas, reglas de legitimación.

<sup>78</sup> La jurisprudencia ha tenido también que abordar las delicadas cuestiones que suscita la materia (así, entre otras, v. las SSTs, de 15 de febrero de 1993 y de 27 de abril de 1995, donde se puede apreciar, por los argumentos utilizados, las dificultades que ofrece la determinación del régimen jurídico aplicable a la legitimación negocial en casos no prescritos expresamente, principalmente debidas a la discutible operación hermenéutica que supone la extrapolación de este tipo de reglas "de orden público"; las aludidas sentencias, sin embargo, adoptan sin reparos esta solución).

pluriempresarial o de grupos de empresas<sup>79</sup>. A pesar de que estadísticamente el peso relativo de la negociación colectiva a este nivel no es muy importante<sup>80</sup>, y de cual sea su evolución futura<sup>81</sup>, lo cierto es que, en todo caso, la desatención del legislador<sup>82</sup> constituye un dato decisivo al respecto<sup>83</sup>. De este modo, la falta de regla alguna que preceptúe el modo de integrar el quantum de poder negociador suficiente para dotar de eficacia general a la negociación colectiva llevada a cabo en este ámbito (función propia de las reglas de legitimación), hay que situarla en el contexto de la inexistencia de una representación institucionalizada en el mismo<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> Sobre el tema, v., entre otros, CRUZ VILLALÓN: "La negociación colectiva en los grupos de empresas" en BAYLOS/COLLADO (Ed.), Grupos de empresas y Derecho del Trabajo, TROTTA-MADRID, 1994; p. 273 ss.; MOLINA NAVARRETE/OLARTE ENCABO: "Algunas reflexiones a propósito del problema de la legitimación negocial de los grupos de empresas", en Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales (XI jornadas andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), TROTTA-MADRID, 1994; p. 104 ss.; RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit., esp., p. 31 ss. Sobre el concepto laboral de "grupo de empresa" y el papel de los tribunales laborales en su elaboración, v. COLLADO: "Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresas", en Grupos de empresas...cit., p. 273 ss. En todo caso, la problemática es tratada haciendo abstracción de la distinción entre la negociación colectiva de grupo de empresas (convenio colectivo de grupo de empresas) y la negociación colectiva de grupos de empresarios (convenio colectivo plural) (así, RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit., passim).

<sup>80</sup> CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 274 ss.

<sup>81</sup> En este sentido, no hay que obviar el alcance de la entrada en vigor de la Directiva Comunitaria sobre el Comité de Empresa Europeo (CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 284). Una valoración positiva de la posible incidencia de este nivel negociador en, RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit.; para este autor, "la normalización y desarrollo de la negociación colectiva de las empresas en grupo puede contribuir a corregir la excesiva atomización de la estructura de la negociación colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales" (p. 54).

<sup>82</sup> Destacando este estado de "cuasi anomia legal", CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 278. Por lo demás, esta laguna puede resultar sorprendente si tenemos en cuenta que los precedentes normativos del Título III ET (L. 18/1973, de 19 de diciembre y la ley de convenios de 24/4/58) sí contemplaban el grupo como unidad apropiada de negociación (art. ult. cit., p. 282).

<sup>83</sup> RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit., p. 32. A pesar de que también sean relevantes "otras circunstancias históricas, culturales, sociales o económicas" que, a la postre, harían que "el factor jurídico resultara perfectamente superable" (CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 278).

<sup>84</sup> Así, CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 281. Más en extenso, del mismo autor, v. La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente, TROTTA-MADRID, 1992.



En todo caso, la falta de previsión estatutaria puede provocar la imposibilidad de que pueda ser empleado este tipo convencional en la negociación de grupos de empresas, teniendo que recurrir, por tanto, al convenio colectivo de eficacia limitada<sup>85</sup>. Las interpretaciones integradoras no logran salvar el escollo que representa la configuración estatutaria de la legitimación negocial, que, por su naturaleza imperativa, dejan poco resquicio a este tipo de operaciones<sup>86</sup>.

La salida más satisfactoria, sin embargo, parece ser la de la aplicación analógica de las reglas previstas para los convenios de empresa<sup>87</sup>, más ajustadas a las específicas características estructurales de este ámbito negocial<sup>88</sup> y, en consecuencia, con mayor funcionalidad para integrar los respectivos poderes negociadores de ambas partes<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Como acertadamente apunta CRUZ VILLALÓN (art. ult. cit., p. 286), "la cuestión no afecta tanto a la posibilidad legal de llevar a cabo el pacto colectivo, cuanto a la determinación de quiénes han de ser los sujetos legitimados para protagonizar la negociación del convenio y que éste adquiera la eficacia propia de los convenios estatutarios".

<sup>86</sup> En el fondo, lo que subyace es un desajuste entre la libertad de elección de unidad negocial y las reglas de legitimación. Sin embargo, la falta de previsión del legislador en la configuración de estas últimas no puede llevar consigo la calificación como "unidad atípica" (así, RIVERO LAMAS, art. ult. cit., p. 36) de estos niveles de negociación, pues se acabaría desvirtuando aquella libertad que supuso el abandono de las llamadas "unidades apropiadas de negociación" (CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 287).

<sup>87</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 287, que corrobora una clara línea jurisprudencial (v., entre otras, la SAN 19/10/92). Esta integración hermeútica está plenamente justificada pues "en el marco legal vigente para la negociación colectiva, no se puede partir de una visión excluyente de los convenios de grupos de empresa porque el ET no haya previsto de forma expresa como unidad de organización de intereses colectivos a tales formaciones y resulte laborioso decidir sobre la identificación de las partes legitimadas para estipularlos" (RIVERO LAMAS, art. ult. cit., p. 39).

<sup>88</sup> "Al fin y al cabo, el grupo no es sino una forma superior de expresión de una organización empresarial" (CRUZ VILLALÓN, art. ult. cit., p. 288). Y ello, haciendo abstracción del carácter más o menos "orgánico" del grupo (en contra, y aportando soluciones diferentes, SEMPERE NAVARRO, "La Ley...cit., p. 384, y SALA FRANCO, Derecho sindical, cit., p. 366). No parece adecuada, sin embargo, la aplicación alternativa de los requisitos de legitimación para negociar en ámbito supraempresarial (en este sentido, haciendo especial referencia a la parte económica, RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit., p. 52-53).

<sup>89</sup> En relación con la parte económica, una solución diversa otorgaría una exclusividad negocial a las asociaciones empresariales que dificultaría la verificación del poder negocial necesariamente concurrente y, sobre todo, como

Sin perjuicio de ello, en nuestro análisis seguiremos la sistemática utilizada por el legislador estatutario.

**A) La negociación colectiva a nivel de empresa o inferior.**

No planteándose problemas en este nivel a la hora de identificar el sujeto legitimado por la parte económica<sup>90</sup>, la regulación estatutaria sólo incide en la determinación de la legitimación de la parte social. Las peculiaridades que, en general, caracterizan a la negociación colectiva en el ámbito empresarial<sup>91</sup>, encuentran en nuestro modelo legal una nueva dimensión, cual es, el reconocimiento de legitimación negociadora, no sólo a los representantes sindicales en la empresa, sino también a los representantes unitarios<sup>92</sup>. Aparte de las consecuencias que esta opción legal proyecta sobre la determinación de los titulares de poder de negociación<sup>93</sup>, sus repercusiones, en el plano dogmático, se van a traducir en la dificultad de diferenciar la negociación colectiva, como actividad creadora de normas, de la participación que, a pesar de su importancia, pues, en

---

señala RIVERO LAMAS ("La legitimación...cit.", p. 38-39), les otorgaría un privilegio carente de fundamento constitucional.

<sup>90</sup> Como señala SEMPERE NAVARRO ("La Ley...cit.", p. 378), "las cuestiones conflictivas que puedan surgir sobre quiénes representa a la empresa (...) o sobre su designación y atribuciones, no afectan a la clara legitimación y capacidad convencional del empleador". En el mismo sentido, RIVERO LAMAS, "La legitimación empresarial...cit.", p. 20.

<sup>91</sup> Y ello, con independencia de la dimensión, de la que, en general, no se deduce ningún tipo de consecuencias en materia de negociación colectiva (GONZÁLEZ ORTEGA, "Piccola impresa e diritto del lavoro in Spagna", QDLRI-8/90, p. 86).

<sup>92</sup> En general, sobre las peculiaridades de esta opción dualista de nuestro modelo legal, v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos de los convenios...cit., p. 94 ss. Un repaso exhaustivo de los problemas planteados en la práctica por la opción adoptada, en MONTALVO CORREA, "Estudio jurisprudencial sobre los sujetos en los Convenios de Empresa", DL-24/88.

<sup>93</sup> Al efectuar una distribución de responsabilidades entre diversos órganos representativos, el papel del legislador es determinante en la conformación definitiva del poder negociador. Y ello sin olvidar otros también relevantes, tales como los hábitos existentes en materia de relaciones de trabajo o las relaciones existentes entre las organizaciones de que se trate (p. ej., grado de sindicalización de la representación unitaria, etc.) (CARRIER, op cit., p. 86).

sentido amplio, comprende todo el conjunto de actividades "sindicales" en la empresa, debe deslindarse de aquella faceta<sup>94</sup>. La genuina vocación reguladora que, como fuente ostenta la primera, puede verse afectada, en el ámbito empresarial, por la asunción, principalmente, por parte de los representantes del personal, de una serie de competencias que suponen un aumento cuantitativo y cualitativo de los contenidos que tradicionalmente integraban la participación<sup>95</sup>. La asunción por el mismo sujeto "sindical" de ambas facetas hace que, en nuestro modelo<sup>96</sup>, los perfiles sean aún más difusos<sup>97</sup>, sin que ello signifique, sin embargo, prejuzgar la idoneidad de una atribución de legitimación negociadora que, como hemos visto, tiene en la CE una indiscutible cobertura<sup>98</sup>.

Más allá de estas dificultades dogmáticas, cuyas

---

<sup>94</sup> Sobre el tema, v. *infra*, 2.3.1. En consecuencia, la función negociadora de los representantes unitarios no debe incardinarse dentro de la típica y genérica función de participación de este tipo de representación. Trasladados a la "sistemática constitucional", ello significa que, como hemos visto, el fundamento jurídico formal de la actividad negociadora de la representación unitaria no puede ser otro que el art. 37.1 CE y, en ningún caso, el 129.2 CE (en este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Los sujetos...cit.*, p. 98-99).

<sup>95</sup> La diferencia está, sin embargo, en el ejercicio o no de "poder colectivo" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Representación...cit.", p. 33).

<sup>96</sup> Lo que no es común en la realidad comparada, donde, tradicionalmente, los modelos legales han diseñado una clara delimitación funcional entre uno y otro tipo de representación (v., al respecto, MANCINI: "La rappresentanze sindacali aziendali nello statuto dei lavoratori", RTDPC-71, p. 766 ss.). Sin embargo, ese reparto de papeles se debía asentar en unos determinados presupuestos que "ni se han dado en todos los casos, ni, sobre todo, se han podido mantener a lo largo de los años" (RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Representación electiva y representación sindical en la empresa", RL-85(I), p. 29.).

<sup>97</sup> La función de "intercambio político", tradicionalmente reservada a la representación sindical, pierde su papel como elemento de diferenciación al ser asumida plenamente por la representación unitaria.

<sup>98</sup> Y que, además, tiene su explicación en el contexto de la peculiar forma de organización del poder social en nuestro país (v. *ut supra*, Cap. III.2.3.1.1). La opción legislativa por este sistema representativo dual no es más que la cristalización normativa de una estructura organizativa consolidada y perfectamente compatible con las exigencias de un sistema de libertad sindical (MENGONI, op. cit., p. 314). Por otro lado, la sindicalización de la representación unitaria en nuestro país hace que el problema devenga superfluo, integrándose el mencionado dualismo representativo dentro del ámbito de las estrategias sindicales de penetración en las empresas (v., al respecto, PRADOS DE REYES, "Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas", RL-91(I), p. 181 ss.; esp., p. 198 ss.).

indudables repercusiones prácticas se pondrán de manifiesto a la hora de encuadrar jurídicamente a los acuerdos de empresa<sup>99</sup>, la figura del convenio colectivo tiene una sólida entidad tipológica que la hace inmune frente a posibles desdibujamientos de su estructura jurídica<sup>100</sup>. Las derivaciones que puedan provenir de que su negociación y aplicación en un ámbito tan peculiar como la empresa en nada deben empañar su fisonomía, siempre y cuando concurran sus dos presupuestos básicos (representantes con poder negociador y función reguladora con vocación de ser completa) permanecen incólumes<sup>101</sup>.

Situados en el análisis del primero de ellos, se hace necesario comprobar cómo efectúa la ley la integración del poder negociador para que, a la postre, el convenio negociado ostente eficacia general ex ante. Hay que advertir, no obstante la tradicional vocación de generalidad del convenio colectivo en el contexto de la empresa<sup>102</sup>, lo que ha propiciado que la existencia de variadas técnicas de generalización de los efectos a este nivel, no haya sido controvertida<sup>103</sup>, a diferencia de lo que ha ocurrido a nivel

---

<sup>99</sup> V. infra, 2.3.1.

<sup>100</sup> Por ello, como con posterioridad se comprobará, la representación unitaria puede desplegar "dos tipos de negociación" perfectamente diferenciables que, a su vez, tipifican dos productos convencionales diversos: el convenio de empresa y el acuerdo de empresa (MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva en España", RL-86(II), p. 260-261).

<sup>101</sup> Esta tarea de identificación del convenio como tipo convencional se ve favorecida por el importante papel tradicionalmente desempeñado en nuestro país por el convenio de empresa en el conjunto de la negociación colectiva (destacando esta relevancia, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ SAÑUDO, "Tendencias...cit.", p. 263 ss.).

<sup>102</sup> Destacando este dato, DESDENTADO/GARCÍA-PERROTE, art. cit., p. 554. Las razones de esta vocación de generalidad no sólo hay que buscarlas en el llamado "interés común" que, al ser más palpable, sirva de elemento catalizador de esa unidad de efectos del convenio, sino también, entre otras, en la necesidad de no incurrir en injustificables desigualdades de trato (v. al respecto, GRANDI, art. cit., p. 440-442).

<sup>103</sup> Como demuestra la experiencia comparada, la generalización de los efectos del convenio en la empresa se puede producir por distintas vías, de manera que parece como si fuera algo consustancial a su naturaleza. Tal es el caso de FRANCIA, donde el art. L. 132-10 CT establece la generalización de la

supraempresarial. Un mero repaso a los artículos 87 y 88 ET es suficiente para ver reflejada en nuestro modelo legal la aludida diferencia<sup>104</sup>.

#### a) La legitimación inicial o interviniente.

Como consecuencia de esa vocación de generalidad de los convenios de empresa, la incidencia del mecanismo legal de la representatividad (y sobre todo de la mayor representatividad) en este ámbito va a ser menor<sup>105</sup>. La negociación colectiva en la empresa gira en torno a la representación unitaria, bien por la atribución directa de legitimación negocial, bien porque el alternativo reconocimiento de legitimación a las representaciones sindicales<sup>106</sup>, tienen a aquélla como punto de referencia

---

aplicación de un convenio firmado por el empresario a toda la empresa, con independencia de la afiliación de los trabajadores a los sindicatos firmantes. En otros países, como Alemania e Italia, la generalización se produce vía jurisprudencial, en decisiones principalmente fundamentadas en el principio de no discriminación por razones sindicales (SALA FRANCO, "Los convenios...cit., p. 25-26).

<sup>104</sup> Si bien, no es posible olvidar que, en nuestro modelo, gran parte de la tendencia generalizadora de la negociación colectiva de empresa se debe, directa o indirectamente, a la peculiar configuración de la representación unitaria como sujeto negociador.

<sup>105</sup> De ahí que la legitimación de las "representaciones sindicales" no se confiera en abstracto, sino que se refiera, exclusivamente, a aquellas presentes en la empresa (STC 208/93, de 28 de junio). Sin embargo, de hecho, son las organizaciones más representativas, por su especial posición, las que disponen de un mayor potencial negociador, siendo indiscutible, además, su capacidad de penetración en las empresas (GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 163). Ello otorga al mecanismo de la representatividad una importante función de control de la negociación colectiva empresarial, evitando así una eventual dispersión de la misma. No hay que olvidar, por otro lado, que fue la presencia sindical en la empresa la que exigió el uso de la mayor representatividad como mecanismo selectivo...(v., al respecto, el comentario al art. 19 SL en MANCINI: "Le rappresentanze...cit., p. 775 ss.).

<sup>106</sup> Alternativa que, en todo caso, debe estar en manos de los propios trabajadores, sin que la previsión de la necesidad del reconocimiento mutuo (reciprocidad lógicamente irreal, como señala VALDÉS DAL-RÉ, "Algunas cuestiones...cit., p. 32) pueda interpretarse como un otorgamiento al empresario de la facultad de elección de la contraparte negociadora. Como es obvio, tal interpretación, basada en el principio privatista de la libertad contractual (CHALARON, art. cit., p. 10), desvirtuaría el alcance del principio de autonomía colectiva, y, a la postre, estaríamos ante un claro supuesto de injerencia empresarial (MARTÍNEZ EMPERADOR, art. cit., p. 66). En el fondo, en esa interpretación subyace una valoración negativa de la dicotomía representativa en la empresa, de ahí la necesidad de otorgar al empresario un papel arbitral. Sin embargo, ello supone una falsa contraposición entre dos formas de representar los mismos intereses que, en ningún caso, se deduce lógicamente del diseño dual

directo para su medición y, en su caso, su perfeccionamiento al integrar el mínimo de representatividad legalmente requerido<sup>107</sup>.

La atribución de la legitimación negocial a la representación unitaria no plantea, en principio, problema alguno<sup>108</sup>, toda vez que no existe, por su propia naturaleza (unitaria), controversia alguna acerca de la identificación del sujeto negociador, ni tampoco sobre la idoneidad de criterios para verificar la existencia de poder negociador suficiente que, a la postre, justifique la extensión personal de los convenios colectivos.

Menor claridad se vislumbra cuando se trata de analizar la atribución de legitimidad negocial a las representaciones sindicales, y ello debido, principalmente al entrecruzamiento normativo entre el ET y la LOLS en la determinación, ahora inexcusable<sup>109</sup>, de la representatividad (relativa y total o de conjunto). En este sentido, era evidente que las dudas pudieran suscitarse por la escueta regulación estatutaria,

---

efectuado por el legislador. Valorando negativamente otro tipo de interpretaciones que pudieran deducirse de un precepto "poco afortunado en su expresión y de incierto alcance", v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 215 ss. Para este autor, compartiendo su conclusión con un cualificado sector doctrinal, este precepto sólo sería de aplicación, y no sin severas limitaciones, en relación con las representaciones sindicales.

<sup>107</sup> Y, si partimos del dato de que la representatividad, como eje del modelo estatutario de negociación colectiva supraempresarial, tiene como punto de referencia reiterado los índices de audiencia ( que confieren la mayor representatividad o la representatividad simple o suficiente) en las elecciones a los órganos de representación unitaria, la centralidad de estas instancias representativas constituye un hecho indiscutible para todo el modelo legal de negociación colectiva. Esta posición estructural nuclear de la representación unitaria, hace inviable, al menos por el momento, cualquier tentación de supresión legal, pretensión que, además, no tendría una clara justificación como decisión de política del derecho.

<sup>108</sup> Destacando, sin embargo, algunos problemas que se han planteado en la práctica, principalmente relacionados con desajustes entre ámbito representativo y unidad de negociación, v. MONTALVO CORREA, "Estudio jurisprudencial...(I) cit., p. 212 ss. Un análisis específico al respecto en GÓMEZ ABELLEIRA. "La negociación colectiva en empresas sin representantes legales, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo", REDT-70/95, p. 227 ss.

<sup>109</sup> Sobre la funcionalidad de este mecanismo para la verificación del poder negociador suficiente de la negociación colectiva llevada a cabo por representaciones sindicales, v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. cit., p. 65.

hacían preciso la existencia de reglas que cubrieran este déficit<sup>110</sup>. El marco legal de referencia vendría dado por la posterior promulgación de la LOLS que solventó gran parte de la problemática señalada<sup>111</sup>. De este modo, quedaron definitivamente identificados (art. 8.2 LOLS), tanto el tipo de representación sindical a que se hacía mención genérica en el artículo 87.1 ET (secciones sindicales<sup>112</sup>), como el ámbito de referencia donde medir la implantación o representatividad suficiente (la empresa<sup>113</sup>).

Pero la LOLS no fue un simple complemento normativo para las reglas de legitimación estatutarias. El grado de "realismo" que se apreciaba en éstas queda bastante matizado, precisamente, por la impronta selectivo/promocional que, en favor de las organizaciones sindicales más representativas, introduce la LOLS. En efecto, el reconocimiento de legitimación negocial a estas organizaciones, con independencia de que ostenten un mínimo de implantación en el específico ámbito empresarial, supone una excepción a la simetría que, en principio, parecía derivarse de la regulación estatutaria. Esto supone, sin duda, una ruptura en el diseño estatutario que claramente había optado por preservar el ámbito empresarial de los efectos distorsionantes que podría provocar una eventual aplicación del mecanismo de la representatividad que, por su consustancial carga abstractiva, sólo se mostraba idóneo para servir de base a la configuración de la legitimación negocial

---

<sup>110</sup> Sobre todo, como señala ESCUDERO RODRÍGUEZ (*Los sujetos...* cit., p. 194), porque "el ET efectuó una construcción sobre el vacío, en el sentido de que faltaba en el momento de su elaboración una norma legal reguladora de la acción sindical en la empresa".

<sup>111</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ. op. ult. cit., p. 194.

<sup>112</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 196.

<sup>113</sup> Valorando positivamente esta "simetría" entre ámbito de representación y ámbito de negociación, v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 196.

en ámbitos supraempresariales.

Ello no obstante, en términos generales, se puede decir que la mayor representatividad, como mecanismo de verificación del poder negocial, cede su protagonismo a la implantación efectiva (representatividad suficiente) de los sujetos negociadores en el ámbito de la empresa. Esto es debido a que las dosis de abstracción que comporta la conformación legal de la mayor representatividad son incompatibles con un ámbito negocial que, como el de la empresa, exige una mayor tangibilidad de la conexión entre representantes y representados. Sin que ello suponga llegar al punto de extraer, de este único dato, consecuencias dogmáticas sobre la naturaleza del convenio de empresa, y que se concretarían en una especial contractualización de esta figura que lo distanciaría netamente del, más normativizado, convenio supraempresarial, si es necesario poner de relieve las peculiaridades de este ámbito negocial a la hora de efectuar el diseño legal de las reglas de legitimación. De lo contrario, un exceso de abstracción en la selección de los sujetos negociadores podría conducir a una pérdida de efectividad de la norma convencional.

Esta precaución se observa claramente en la regulación de la legitimación negocial para convenios de ámbito inferior a la empresa<sup>114</sup>. En efecto, a pesar de la mencionada vocación de generalidad del convenio colectivo de empresa, va a ser precisamente cuando se trata de supuestos en los que la negociación tiene por objeto excepcionar esa generalización

---

<sup>114</sup> A pesar de que la previsión legal parece referida fundamentalmente a los convenios franja, "nada hay en el artículo 87.1 que constriña, en principio, esa libertad de delimitación" que tienen las partes, lo que no deja de ser problemático para la ordenación de la estructura negocial (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 364-365).



en relación con determinados colectivos (convenios de franja<sup>115</sup>), donde vamos a encontrar la mayor prueba de las matizaciones que sufre la relevancia de la representatividad en este ámbito negocial<sup>116</sup>. Ello es comprensible si tenemos en cuenta que, en estos supuestos, las reglas de la representatividad, medidas en términos de audiencia electoral se muestran claramente inadecuadas como criterio de verificación entre el ámbito negocial y el poder del sujeto negociador. Las dosis de abstracción que aporta este criterio, si, en general se muestran inadecuadas en la negociación de empresa, son incompatibles con las especificidades de este tipo de negociación que, por ello, necesita de otro tipo de técnicas que aporten mayor "realismo".

De este modo, la laguna legal existente en materia de legitimación para negociar convenios franja<sup>117</sup> se suple, no mediante el recurso al mecanismo típico de la mayor representatividad, sino a través de la utilización del criterio de la implantación sindical<sup>118</sup>. En consecuencia, es la consistencia afiliativa de los diferentes sindicatos

---

<sup>115</sup> Sobre esta problemática figura convencional, v., entre otros, DEL REY GUANTER, "Los convenios colectivos de franja", REDT-84, p. 93 ss.; ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 225 ss.

<sup>116</sup> Sobre las variadas cuestiones que plantea la reforma del art. 87.1 ET al respecto, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 363-364.

<sup>117</sup> Lo que dió pie, incluso, al cuestionamiento de la viabilidad estatutaria de este tipo de convenios (sobre el tema, v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 204 ss.). Para este autor, antes de la reforma, sólo era posible la negociación estatutaria de este tipo de convenios si se reunían los requisitos de legitimación inicial previstos para la negociación colectiva en la empresa (op. cit., p. 240). En contra de esta opinión, sin embargo, y en consecuencia, avanzando, grosso modo, el criterio posteriormente tenido en cuenta por el legislador, se manifestaban, entre otros, ALONSO OLEA, DEL REY GUANTER, SAGARDOY BENGOCHEA, OJEDA AVILES (Ib.).

<sup>118</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 365, trayendo a colación, asimismo, el ineludible principio de correspondencia. Sobre la aceptación por parte del TC de este mecanismo de "diferenciación sindical", habida cuenta de la irreprochable objetividad de los criterios sobre los que se puede sustentar, tales como el "nivel y ámbito de afiliación" o la "actividad sindical desarrollada" (STC 184/87), v. CASAS BAAMONDE, "Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical", TL 19-20/90, p. 68-69.

presentes en la empresa<sup>119</sup> el criterio determinante a efectos de atribuir la legitimación para la negociación de este tipo de convenios<sup>120</sup>.

**b) Legitimación complementaria o deliberante.**

La formación de la parte social<sup>121</sup> dentro de la comisión negociadora supone, en principio, una segunda fase dentro del proceso de selección del sujeto negociador que, en definitiva, justifica el establecimiento de las reglas sobre legitimación. Sin embargo, en el ámbito de empresa, esta justificación sólo se contempla, en su caso, cuando negocia la representación sindical. En efecto, como es fácilmente advertible, la determinación de los componentes de la parte social cuando negocia la representación unitaria no debería plantear ningún problema específico, y quizás ello explique la falta de una explícita atención por parte del legislador<sup>122</sup>. No ocurre lo mismo cuando se trata de concretar la legitimación deliberante en el caso de que negocie las representaciones sindicales. La integración del poder negociador necesita, en este caso, de un criterio de

---

<sup>119</sup> Como interpreta VALDÉS DAL-RE ("La reforma...(III), cit., p. 11), "representación sindical con implantación en el ámbito" equivale, así, a representación sindical con afiliados en la franja".

<sup>120</sup> Sobre las dudas interpretativas que suscita esta nueva regla, v. VALDÉS DAL-RE, "La reforma...(III), cit., p. 11.

<sup>121</sup> Como es obvio, la parte económica al identificarse con el empresario, no plantea ningún tipo de problema.

<sup>122</sup> Ello no obstante, no debe entenderse este hecho como una laguna legal, sino como una implícita remisión del legislador a las reglas ordinarias que disciplinan el funcionamiento de este tipo de representación. De este modo, en relación con la negociación llevada a cabo, bien por el comité de empresa, bien por los delegados de personal, bien por el comité intercentros, son aplicables las reglas contenidas en el Título II ET, referentes al funcionamiento respectivo de cada tipo de órgano. La no alusión en el art. 88.1 ET a éste régimen lejos de suponer una laguna o vacío legal, evita caer en una indeseable redundancia (en este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos... cit., p. 169 ss.). Sin embargo, la necesidad de tener que designar una delegación "ad hoc", en los supuestos de falta de coincidencia entre el número de vocales de la comisión y el número de integrantes del Comité de Empresa, va a plantear algunas cuestiones controvertidas sobre el modo de designación (v., al respecto, MONTALVO CORREA, "Estudio...vit., p. 214 ss.).

verificación añadido. Dicho criterio lo encontramos, por remisión del art. 88.1 ET, en el segundo párrafo del art. 87.1 ET.<sup>123</sup>, y consiste en la necesidad de alcanzar, por el conjunto de representaciones legitimadas<sup>124</sup>, un mínimo de representatividad suficiente: "la mayoría de los miembros del comité<sup>125</sup>".

Como hemos observado, la previsión estatutaria estaría en la línea de dar relevancia al dato de la conexión real entre ámbito de representación y ámbito de negociación, habiéndose destacado la valoración positiva que merece tal atención, habida cuenta de la peculiar naturaleza de la empresa como ámbito comercial. Sin embargo, como también hemos observado, la incidencia del modelo centralista de representatividad sindical diseñado en la LOLS, introduce un importante matiz en la mencionada conexión. La atribución de una legitimación automática a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos, independiente de su idoneidad desde una perspectiva de estricta política del

---

<sup>123</sup> Más allá de este retorcimiento sistemático, es obvio que "se trata de un mecanismo selectivo similar al previsto por el artículo 88.1 párrafo segundo del ET para la válida composición de la comisión negociadora del convenio supraempresarial" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 202).

<sup>124</sup> No hay que olvidar que "sólo podrán entrar dentro del cómputo de la mayoría exigida aquellas representaciones sindicales que reúnan la representatividad inicial ya analizada, pues se trata de requisitos acumulativos" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 201).

<sup>125</sup> Sobre los problemas interpretativos que ha suscitado la no mención de los delegados de personal a efectos de cómputo de la representatividad del conjunto de las representaciones sindicales, v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 209 ss. Para este autor, a pesar de la necesidad de superar la literalidad del precepto (por ejemplo, entendiendo en plural la referencia al "comité", en el supuesto de existencia de varios centros dentro de la misma empresa), hay que excluir una interpretación favorable a la inclusión de los delegados de personal en el referido cómputo. Sin embargo, esta interpretación no parece muy acorde con la finalidad del precepto, no otra que la de probar un mínimo de representatividad suficiente para constituir la comisión negociadora. En este sentido, para la verificación de la aludida representatividad es indiferente que se hayan elegido uno u otro tipo de órgano ya que, por ambas vías se demuestra objetivamente una determinada audiencia electoral, dato básico a tener en cuenta a efectos de dicha verificación. Por otra parte, si la mencionada diferenciación no se produce para el cómputo de la representatividad ostentada por cada sindicato, no se observa ningún matiz que ahora pueda justificar una distinta determinación del elemento objetivo sobre el que se efectúa el mencionado cómputo, de manera que puedan entenderse excluidos los delegados de personal.

derecho, supone un claro distanciamiento de la línea directriz del modelo estatutario. La eventual desconexión entre ámbito negocial y representación ostentada, propiciada por la introducción de esta regla<sup>126</sup>, podría estar justificada por las exigencias impuestas por una racional cohesión y ordenación de la estructura de la negociación colectiva, evitando que las empresas devengan pequeños "reinos de taifas", ajenos a un efectivo y deseable control sindical. Sin embargo, tal justificación desaparece cuando, por ventura de la representatividad irradiada, un sindicato ajeno al ámbito negocial y sin relevancia objetiva a los efectos antes señalados, también tiene reconocido el derecho a esa presencia mínima en la comisión negociadora<sup>127</sup>.

Por último, en relación con los convenios franja, hay que señalar que las exigencias de "realismo" antes aludidas, propias de su peculiar naturaleza, se proyectan sobre las reglas de determinación de la comisión negociadora. De este modo, si dichas exigencias han llevado al legislador a afinar en la concreción de unas reglas específicas para la determinación de la legitimación inicial, esas mismas exigencias y, en consecuencia, ese mismo afinamiento, se han proyectado sobre la determinación de la legitimación deliberante.

En el primer caso, la especificidad se concretaba en la introducción de la representatividad por implantación como criterio de determinación de la legitimación inicial. De este modo, la consistencia afiliativa (y no la audiencia electoral) va a ser el parámetro para otorgar legitimidad

---

<sup>126</sup> No hay que olvidar que de, la conexión entre el art. 87.5 ET y el 6.3 LOLS, se ha llegado a extraer la conclusión, no unánime (v. *infra*), de la existencia de una reserva de puesto en la comisión negociadora en favor de todo sindicato más representativo.

<sup>127</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, op. ult. cit., p. 204.

para negociar este tipo de convenios. Pero esta atribución no es automática: la implantación constituye un requisito necesario pero no suficiente para estar presente en la comisión negociadora. Serán los trabajadores los que, a través del mecanismo asambleario, quíenes, finalmente, designen a sus representantes en la mencionada comisión<sup>128</sup>. No es preciso señalar la singularidad del mecanismo técnico de atribución de la legitimidad<sup>129</sup> que, basado en la designación asamblearia de los representantes negociadores<sup>130</sup>, constituye la expresión más acabada de esa búsqueda de realismo antes mencionada, apartándose claramente del modelo estatutario sustentado sobre la dicotomía representación unitaria/representación sindical. El hecho de que la aplicación del mecanismo selector se produzca sobre un espectro de elegibles limitado (deben ser sujetos sindicales con implantación<sup>131</sup> en la empresa), no resta un ápice a la importancia de la innovación legislativa<sup>132</sup>, toda

---

<sup>128</sup> En este sentido, ante el silencio legal, se plantean dudas sobre la integración, en su caso, en la comisión negociadora de las diversas secciones sindicales designadas. Como apunta GONZÁLEZ ORTEGA ("La reforma...cit.", p. 366), "partiendo de la base de que toda sección sindical designada en asamblea está legitimada para negociar el convenio y que, por esta razón y según el artículo 87.5 del ET, tiene derecho a formar parte de la comisión negociadora, el reparto de puestos en esa comisión deberá producirse siguiendo las habituales reglas proporcionales, aunque referidas al porcentaje de votos obtenido en el proceso de designación como sujeto legitimado para negociar".

<sup>129</sup> La atribución de legitimidad complementaria no sólo no queda predeterminada, sino que, además, se establece un criterio electivo para proceder a su determinación. Destacando la innovación que supone esta opción legal, apartándose de la solución jurisprudencial consolidada consistente en la elección por la mayoría de trabajadores afiliados, RIVERO LAMAS: "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)", DL-43/94, p. 54-55.

<sup>130</sup> Es destacable lo insólito de este recurso a mecanismos de democracia directa para la identificación de aspectos conexos al interés colectivo, máxime en un contexto donde la acción colectiva gira en torno a la representatividad sindical (v., al respecto, GARCÍA BECEDAS, "Asambleísmo y representatividad sindical", DL-25/88, p. 7 ss.).

<sup>131</sup> Sobre los "múltiples problemas" que plantea la solución legislativa, principalmente derivados de la falta de configuración legal de la "implantación sindical", v. RIVERO LAMAS, art. ult. cit., p. 55.

<sup>132</sup> En efecto, la naturaleza electiva de la representación "ad hoc" designada no queda desvirtuada en ningún caso. Se introduce, por tanto, un mecanismo de legitimación propio de experiencias pretéritas (v. ALONSO OLEA, "Introducción...cit.", p. 15) y claramente insólito dentro del sistema de legitimación negocial previsto en el ET, aunque no incompatible con nuestro

vez que supone una apertura de una línea a la coherencia entre modelo constitucional y modelo legal de legitimación negocial. En este sentido, es fácilmente perceptible como asistimos a un proceso en el que se acortan las distancias entre la amplitud legitimadora reconocida en la CE y la restricción del diseño legal<sup>133</sup>, acentuada esta última por interpretaciones desproporcionadas sobre la especial posición jurídica atribuida por el ordenamiento a los sindicatos más representativos<sup>134</sup>.

#### **B) La negociación colectiva a nivel supraempresarial.**

La negociación de convenios colectivos de eficacia general presupone la existencia de una serie de mecanismos que, siendo objetivos, tengan a su vez la virtualidad de verificar la ineludible correspondencia entre ámbito de negociación y poder negociador. El mayor distanciamiento de los sujetos negociadores del ámbito concreto donde se va a aplicar el convenio significa que, para que éste tenga la efectividad propia de su condición de normativa, el ordenamiento jurídico debe proveerse de una serie de mecanismos que sometan a un examen, más o menos periódico, la mencionada correspondencia. En nuestro ordenamiento jurídico, los mecanismos arbitrados difieren entre los referidos a las asociaciones empresariales y los sindicatos (básicamente, consistencia afiliativa y audiencia electoral,

---

modelo constitucional.

<sup>133</sup> Destacando este dato, v., entre otros, MARTÍNEZ EMPERADOR, "Las partes del convenio colectivo", en La negociación colectiva, CDJ-3/92; p. 57.

<sup>134</sup> Este tipo de interpretaciones efectuaban una selección del sujeto negociador de segundo grado: no sólo debería tratarse de sindicatos (primera restricción), sino de sindicatos más representativos. Como es obvio esta selección no se efectuaba de una forma explícita, pues chocaría frontalmente con el modelo constitucional de autonomía colectiva, pero devenía ineludible como resultado de un reforzamiento de las garantías que sustentaban la especial posición jurídica de los sindicatos más representativos y que no se extendían a aquéllos sindicatos que no ostentaban aquella condición (v., al respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El contenido esencial..., cit., passim.).

respectivamente). La selección de sujetos negociadores que se efectúa mediante las reglas de legitimación negocial, teniendo en todo caso la misma finalidad, exige criterios de acreditación de la representatividad ostentada acordes con la especial naturaleza organizativa del sujeto negociador<sup>135</sup>.

En el ámbito supraempresarial también se han producido modificaciones en las reglas de legitimación, si bien no puede establecerse una línea clara de tendencia que desvele un principio informador único. Más bien sucede todo lo contrario, es decir, parece que los principios informadores son claramente contradictorios.

**1) La legitimación sindical: la mayor representatividad como eje del modelo legal.**

La selección del sujeto negociador por la parte social gira en torno a la institución de la representatividad sindical<sup>136</sup>. Como se sabe, la representatividad, como mecanismo de cualificación del sujeto sindical, se caracteriza por su gradualismo<sup>137</sup>. De este modo, la especial posición jurídica que se atribuya al sindicato estará en función del nivel de representatividad ostentado. En consecuencia, el ordenamiento jurídico distingue<sup>138</sup>, a estos efectos, entre mayor representatividad y representatividad

---

<sup>135</sup> Sobre el tema, RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit.", p. 51 ss.

<sup>136</sup> La conexión, ya aludida, entre las vertientes organizativa (libertad sindical) y normativa (negociación colectiva) de la autonomía colectiva tiene en la institución de la representatividad una de sus principales manifestaciones (MARTÍN VALVERDE, "El ordenamiento laboral...cit.", p. 162). Su plasmación positiva vendrá representada por la íntima conexión entre la LOLS y las reglas de legitimación del Título III del ET.

<sup>137</sup> GARCÍA MURCIA, Organizaciones sindicales...cit., p. 68 ss.

<sup>138</sup> Aunque la regulación al respecto es bastante confusa e incompleta, pues la propia LOLS, ni usa siempre la misma terminología, ni agota todas las referencias a la institución (GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 90).

simple o suficiente<sup>139</sup>. La mayor representatividad, eje del sistema<sup>140</sup>, es un mecanismo que, en general, supone la atribución de una especial posición jurídica a determinados sindicatos que se proyecta sobre las distintas esferas de la actividad sindical<sup>141</sup> y, en especial, cuando actúa como agente negociador<sup>142</sup>.

En negativo, significa, en primer lugar, la consagración de la exclusividad sindical en este nivel negociador<sup>143</sup> y, en segundo lugar, la exclusión de aquellos sindicatos que no ostenten el índice de representatividad requerido<sup>144</sup> lo que, en principio, podría resultar problemático en un sistema de pluralismo sindical<sup>145</sup>, de no observar determinadas cautelas

---

<sup>139</sup> Es decir, reconocida en el plano positivo la diferencia entre la representatividad simple o menor (arts. 7.2 y 10.2 LOLS) y la mayor representatividad (arts. 6, 7.1, 8.2 y 9 LOLS), al atribuir un distinto nivel de capacidad jurídica, suponen una ordenación objetiva de los sujetos sindicales. Pero es evidente que, como se aprecia, precisamente, en materia de negociación colectiva, que el modelo sindical español gira en torno a este último, sirviendo el otro, claramente residual, para salvar el inevitable reproche de inconstitucionalidad. De este modo, se logra, "sin crear una representatividad monopolista, incompatible con la libertad y pluralismo sindicales constitucionalmente asegurados, promocionar especialmente su grado mayor expresivo de una mayor o más fuerte integración/homogeneidad de los intereses representados" (CASAS BAAMONDE, "Jurisprudencia constitucional y representatividad sindical", TL 19-20/90; p. 50).

<sup>140</sup> Es significativo al respecto el hecho de ser la expresión utilizada en la "inmensa mayoría de las disposiciones" (GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 91).

<sup>141</sup> En general, sobre el contenido de esta "singular posición jurídica", v. GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 141 ss.

<sup>142</sup> GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 158 ss. Este autor destaca, además de la de negociación colectiva de eficacia general ("una de las manifestaciones más características de aquella singular posición jurídica"), la prerrogativa de ordenar el sistema de negociación colectiva a través de los acuerdos interprofesionales (art. 83.2 ET), a lo que también contribuye su presencia en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

<sup>143</sup> Sin que ello signifique una vulneración de la esfera negativa de la libertad sindical, como el TC se ha encargado de poner de manifiesto (v., entre otras, SSTC 4/83, de 28 de enero, y 12/83, de 22 de febrero).

<sup>144</sup> Serían los sindicatos "menos representativos" o "escasamente representativos" (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La representatividad sindical...cit.", p. 205).

<sup>145</sup> GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 244. No hay que olvidar los privilegios que se anudan al sindicato más representativo (Sobre la especial posición jurídica del sindicato más representativo, v., entre otros, los trabajos de SALA FRANCO: "El sindicato más representativo a nivel estatal. Funciones y



en la elección legal de los criterios de atribución de la representatividad. Al suponer una diversificación de los procesos selectivos del sujeto sindical que, a la postre, va a repercutir directamente sobre su capacidad de obrar, el legislador debe ser cauteloso a la hora de señalar sobre qué esferas, y en que medida, se van a proyectar los efectos de la representatividad. No en vano, están en juego derechos fundamentales (libertad sindical y negociación colectiva) cuya función no es otra que articular jurídicamente la protección de la autonomía colectiva<sup>146</sup>. Es preciso, por tanto, traer a colación el modelo constitucional como punto de referencia obligado para valorar el contenido del establecimiento legislativo de estos mecanismos selectores, así como saber cuales son sus límites<sup>147</sup>.

Sin perjuicio de ello, y del carácter ineludible de este mecanismo selector<sup>148</sup>, hay que poner de manifiesto el alcance limitado de la ley en el establecimiento de mecanismos para la verificación de la representatividad del sujeto negociador<sup>149</sup>.

---

competencias" y MONTOYA MELGAR: "El sindicato más representativo en la LOLS y la sentencia 98/85 del Tribunal constitucional", ambos en El nuevo régimen jurídico sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional, CEOE-MADRID, 1985; p. 55 ss. y 15 ss., respectivamente). Así, en materia de legitimación negocial, "la mayor representatividad vendría a ser una especie de salvoconducto para penetrar en la Comisión Negociadora sin necesidad de obtener el pasaporte de los porcentajes de implantación" (SEMPERE NAVARRO, "La Ley 32/1984 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma", RL-85(I), p. 400).

<sup>146</sup> V. ut supra, Cap. III.2.3.

<sup>147</sup> A pesar de que, en principio, no haya dudas acerca de la conformidad constitucional de los mismos, ello no quiere decir que "cualquier uso de los criterios de representatividad sea conforme con la Constitución" (GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 239.).

<sup>148</sup> Como señala VALDÉS DAL-RE ("Representación...cit., p. 146), "el ordenamiento laboral español, como no podía ser de otro modo, no ha podido sustraerse al juicio de representatividad sindical".

<sup>149</sup> Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ("Sobre la representatividad...cit., p. 24), "difícilmente puede establecerse por la ley ni una noción general de representatividad sindical, ni quiera un modelo general de la representación sindical a efectos de la negociación colectiva (...). La representación sindical es fundamentalmente una capacidad jurídica y una aptitud de interpretar y concretar el interés colectivo (en nuestro caso no solo de los afiliados). La ley puede jugar un papel en el <<reconocer>> esa capacidad, pero sin embargo la ley

Cuando se trata de efectuar una selección de los sujetos legitimados para negociar<sup>150</sup>, las cautelas deben agudizarse, pues no estamos ante un simple medio de acción sindical, sino con un auténtico elemento estructural de esa autonomía colectiva<sup>151</sup>. Por ello, las reglas de legitimación previstas para negociar convenios colectivos de eficacia general en ámbitos supraempresariales, al sustentarse sobre el mecanismo selectivo de la mayor representatividad<sup>152</sup>, sólo estarán justificadas en la medida que sean necesarias para integrar el quantum de poder colectivo requerido por este cualificado tipo convencional<sup>153</sup>. Con estas premisas vamos a proceder al análisis de las reglas de legitimación previstas para la negociación supraempresarial.

La representatividad, como mecanismo selectivo, se proyecta sobre las dos fases en las que, como hemos visto, se desglosa la legitimación negocial.

#### a) La legitimación inicial o interviniente.

En la determinación genérica de los sujetos

---

no puede conceder, otorgar o <<arbitrar>> esa capacidad que se deriva, por definición, de la propia realidad de los hechos, del consenso de los <<representados>>".

<sup>150</sup> Necesidad que, constatada, supuso que fuera el ET el primer texto legal que introduce la representatividad sindical como mecanismo selector a la hora de definir los sujetos negociadores (VALDÉS DAL-RÉ, "Representación...cit.", p. 150).

<sup>151</sup> V. ut supra.

<sup>152</sup> En este sentido, se han puesto de relieve las distorsiones que ha provocado la introducción del mecanismo de la mayor representatividad en el sistema de legitimación que había previsto originariamente el ET (SEMPERE NAVARRO, "La Ley...cit.", p. 397). Si bien, se trataba de un concepto que ya se había "asomado" al articulado de este texto (VALDÉS DAL-RÉ, "Representación...cit.", p. 151, destacando, entre otros, los arts. 6.2, 17.3, 27.1, 34.5 y 83.2 ET).

<sup>153</sup> Los posibles desajustes provienen del hecho de que el objetivo informador de la representatividad sindical no es tanto la determinación de las condiciones de trabajo, como la gobernabilidad del sistema económico, social y político.

legitimados para negociar, el legislador ha tomado en consideración los dos niveles en los que se graduaba la representatividad. De este modo, el artículo 87.2 ET, tras reconocer la legitimación de los sindicatos más representativos, sea cuando la negociación se desarrolla a nivel estatal, sea cuando se lleva a cabo a nivel de Comunidad Autónoma, se reconoce la legitimación negocial de aquellos sindicatos suficientemente representativos en el ámbito específico de negociación del convenio.

No podría ser de otra manera. La dosis de abstracción que proyecta sobre el sistema, la atribución de legitimidad al sindicato más representativo, si bien está justificada por los especiales efectos que se anudan al producto resultante, introduce distorsiones que deben ser corregidas. La introducción, como complemento, de la legitimación de los sindicatos suficientemente representativos, supone, sin duda, una corrección a aquella abstracción, ya que se tiene en cuenta el poder negociador de la realidad concreta sobre la que se va a aplicar el convenio. Pero también tiene por objeto evitar exclusiones subjetivas que no serían justificables ni siquiera atendiendo a la especial cualificación del tipo convencional. Por otro lado, su inclusión, lejos de distorsionar el sistema de negociación de eficacia general, contribuye a dotar de efectividad a la norma producida.

Distinta valoración hay que hacer de la atribución de representatividad a los sindicatos por irradiación<sup>154</sup>. No se percibe en este caso ninguna razón que, desde la perspectiva de las exigencias impuestas por el tipo convencional, pudiera justificar tal atribución. La representatividad por irradiación ni repercute directamente en la integración del

---

<sup>154</sup> Sobre el tema, v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, La representatividad... cit., p. 174 ss.

quantum de poder negociador necesario, ni corrige la abstracción que supone la legitimidad de los sindicatos más representativos<sup>155</sup>. Por el contrario, la acrecienta<sup>156</sup>, ya que supone la inobservancia de una mínima correlación representatividad real y negociación colectiva de eficacia general<sup>157</sup>, introduciendo, además, una distinción de trato que no se ajusta a las exigencias constitucionales<sup>158</sup>.

Su única justificación, insuficiente en todo caso, proviene de una línea de política jurídica, cuyo objetivo inmediato es la centralización del poder sindical<sup>159</sup>. Su toma en consideración a efectos de determinar la legitimación para negociar responde, por tanto, a unas exigencias ajenas al dato negocial. Sin embargo, provocan, a su vez, una centralización de la negociación colectiva<sup>160</sup> que, en sí mismo, no parece que sea un objetivo a integrar en las reglas de legitimación<sup>161</sup>. Más bien, al ser un elemento valorable

---

<sup>155</sup> Antes al contrario, para evitar interpretaciones desproporcionadas, el legislador se ha visto forzado por el TC (SSTC 98/85 y 57/89) a precisar que la legitimación por irradiación se refiere exclusivamente al ámbito territorial y funcional donde se despliegue la actividad de cada sindicato irradiado.

<sup>156</sup> Hay que tener en cuenta que la representatividad por irradiación prescinde de todo criterio de verificación de la representatividad real del sindicato, ya que no se toma en consideración la audiencia electoral, sino la mera vinculación del mismo a una organización ya representativa.

<sup>157</sup> Como acertadamente señala GARCÍA MURCIA (Organizaciones...cit., p. 247), "la irradiación rompe espectacularmente este principio, y posibilita la entrada de sindicatos que, a falta de representatividad real, únicamente pueden acreditar un vínculo con una confederación más representativa".

<sup>158</sup> Ibidem.

<sup>159</sup> Destacando el "sentido promocional" de esta técnica, dirigida a conseguir "la expansión de los sindicatos más representativos", ESCUDERO RODRÍGUEZ, La representatividad...cit., p. 176.

<sup>160</sup> Y ello a pesar de que el TC (STC 98/85) exija implantación específica dentro de los ámbitos sobre los que se proyecta la irradiación, ya que, además, nos encontramos con el inconveniente de la inexistencia de unos criterios objetivos de medición o cuantificación de la implantación (en este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, La representatividad...cit., p. 184).

<sup>161</sup> Y, mucho menos, si ello se hace a costa de la propia lógica del sistema. No hay que olvidar que, en última instancia, "la irradiación significa una inversión del proceso lógico que conduce a la representatividad, que ha de caminar desde la representatividad real -medida por la implantación, por la audiencia electoral, etc.- a la representatividad legal. Con la irradiación, por

en función de datos coyunturales, pertenece a un ámbito externo al propio tipo convencional<sup>162</sup>. En todo caso, sean cuales sean sus objetivos no parece justificable la quiebra de representatividad real que conlleva esta técnica<sup>163</sup> y, en consecuencia, los efectos distorsionadores para el sistema de negociación colectiva<sup>164</sup>.

Examen particularizado merece la atribución de legitimación para negociar convenios de ámbito estatal a los sindicatos de Comunidad Autónoma<sup>165</sup>. Con independencia de la finalidad del precepto<sup>166</sup>, las reglas sobre las que sustentaba esta atribución han quedado profundamente afectadas por la reforma<sup>167</sup>, ya que han supuesto una apuesta exclusiva por el criterio de la mayor representatividad sindical como base de legitimación negocial<sup>168</sup>. Se abandona,

---

el contrario, e pretende atribuir una representatividad real desde la representativa legal otorgada a las confederaciones más representativas" (GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 247).

<sup>162</sup> En efecto, la idoneidad de una estructura de la negociación colectiva centralizada o descentralizada va a depender de un conjunto de variables presentes en cada sistema de relaciones laborales y, como tales, cambiantes en el tiempo. Por ello, es un dato que debe permanecer fuera de la estructura interna del tipo normativo convencional, so pena de introducir una inevitable disonancia que acabe desvirtuando el propio significado de las reglas de legitimación negocial.

<sup>163</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, La representatividad...cit., p. 187-188.

<sup>164</sup> Lo que conduce, incluso, al uso alternativo de la negociación colectiva de eficacia limitada "en un claro deseo de orillar los efectos de tal técnica" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, La representatividad...cit., p. 188).

<sup>165</sup> Sobre el tema, v., especialmente, ESCUDERO RODRÍGUEZ. "Sindicatos de Comunidad Autónoma y negociación colectiva de ámbito estatal", DL-34/91, p. 67 ss.

<sup>166</sup> Quizás inscrito "en la dialéctica centralización-descentralización de la negociación colectiva", de manera que lo convertiría en "un correctivo o válvula de escape su diseño de la negociación colectiva con importantes concesiones a la centralización convencional" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Sindicatos de Comunidad Autónoma..."cit., p. 79).

<sup>167</sup> Sobre el alcance de las modificaciones operadas en el artículo 87.4 ET, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma..."cit., p. 367 ss.; VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma..."(III), cit., p. 6 ss.

<sup>168</sup> Como apunta críticamente, RIVERO LAMAS ("Estructuras..."cit., p. 59), "no parece posible encontrar un fundamento objetivo y razonable para este trato privilegiado (y desmesurado)".

por tanto, el criterio de la representatividad suficiente anteriormente establecido, lo que supone, en primer lugar, una mayor selección del sujeto negociador que, por no estar objetivamente justificada, pudiera resultar discriminatoria, al quedar excluidos todos aquellos sindicatos (principalmente, de Comunidad Autónoma) que, a pesar de ostentar una suficiente representatividad en el ámbito concreto, no alcancen la condición de más representativos<sup>169</sup>.

Pero el efecto más importante de la reforma se observa en el incremento del poder negociador de este tipo de sindicatos. En efecto, como ha sido puesto de manifiesto, la eliminación de los requisitos de acreditación de una mínima representatividad en el ámbito funcional específico del convenio, otorga a este tipo de sindicatos una legitimación para negociar no sólo convenios colectivos intersectoriales, sino sectoriales de cualquier ámbito<sup>170</sup>. Por otro lado, la remisión genérica al artículo 7.1 LOLS, sin mayores precisiones, supone dar entrada a la representatividad por irradiación<sup>171</sup>. Como es fácilmente perceptible, la modificación operada en este punto se ha apartado de la directriz "realista" que parecía informar a la reforma, introduciendo, por el contrario una mayor dosis de abstracción en la selección del sujeto negociador idóneo. La falta de justificación razonable provoca bastantes reproches

---

<sup>169</sup> Y ello, "aunque tengan un mayor peso representativo en el sector que estas últimas centrales" (RIVERO LAMAS, "Estructura...cit., p. 59).

<sup>170</sup> VALDÉS DAL-RÉ, art. ult. cit., p. 7. No ocurría así anteriormente, donde la condición de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma no garantizaba "por sí misma, el reconocimiento de legitimación para participar en convenios colectivos estatales" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Sindicatos...cit., p. 89).

<sup>171</sup> De este modo, la reforma contradice la valoración positiva que había merecido su anterior exclusión (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Sindicatos...cit., p. 86 ss.

desde la perspectiva del principio de igualdad<sup>172</sup>, y ello, sin menoscabo de sus evidentes efectos distorsionadores para la lógica negocial<sup>173</sup>.

**b) Legitimación complementaria o deliberante.**

El criterio de la representatividad también va estar presente a la hora de llevar a cabo la constitución de la comisión negociadora, y ello desde dos perspectivas diferentes. En primer lugar, para verificar si el conjunto de los legitimados alcanza el quantum de poder negocial exigido por la ley para la validez de este tipo de convenios (cifrado por el art. 88.1, párr. 2º en la "mayoría absoluta de los miembros de los Comités de Empresa y delegados de personal"). En segundo lugar, para comprobar que la presencia de cada sujeto en la comisión negociadora se ajusta a su poder negociador efectivo, siendo el criterio la proporcionalidad el mecanismo de verificación. Teniendo este propósito, es decir, que el peso relativo de cada sujeto inicialmente legitimado se proyecte, finalmente, sobre esta fase tan decisiva del proceso negociador, la no observancia de la distribución proporcional de las vocalías supone un claro atentado a la libertad sindical. Las consecuencias de su incumplimiento son, por tanto, más relevantes que si se tratara de la regla anterior. En este caso, el incumplimiento de la mayoría exigida para el conjunto de las representaciones provocaría, únicamente, que el convenio

---

<sup>172</sup> En este sentido, v. la crítica especialmente dura de VALDÉS DAL-RE, "La reforma...(III)", cit, p. 8. Este autor destaca cómo la nueva regla se aleja de los principios sobre los que ha asentado la legitimación negocial supraempresarial, respondiendo únicamente "al más puro arbitrismo político".

<sup>173</sup> Sobre los paradójicos efectos prácticos que pueden derivarse de la modificación introducida por el legislador reformista y, en definitiva, compartiendo la valoración negativa que merece la reforma en este punto, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 368-369.

colectivo quedara privado de eficacia general. En el otro supuesto, sin embargo, el convenio sería nulo en todo caso, al haberse vulnerado una norma de orden público<sup>174</sup>.

En este sentido, la reforma se ha encargado de aclarar lo que ya venía constituyendo doctrina pacífica en la jurisprudencia, es decir, la distribución de los puestos del banco social en proporción al peso relativo de cada sindicato medido conforme a su representatividad acreditada<sup>175</sup>. De este modo, la mencionada correlación de fuerzas queda garantizada en el seno de la comisión negociadora, cuya composición será fiel reflejo, no sólo de la mayoría, sino también del pluralismo de los intereses organizados en la correspondiente unidad de negociación<sup>176</sup>.

## **2) La legitimación empresarial: los criterios de atribución de la representatividad.**

### **a) Legitimación inicial o interviniente.**

#### **Los criterios para la selección del sujeto**

---

<sup>174</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma...(III), cit., p. 4 ss. Para este autor, no hay que olvidar que, a pesar de tener como eje la representatividad, estamos en dos planos diferentes: en el primer caso estamos ante un "problema de legalidad ordinaria", directamente conectado con la eficacia erga omnes, y en el segundo nos encontramos con "un problema de legalidad constitucional", al estar en juego el respeto al pluralismo sindical. Más matizada, sin embargo, ha sido la posición del TC que, a pesar de reconocer que la reducción del índice representativo de los sindicatos en la asignación de los miembros de la comisión negociadora suponía una lesión de la libertad sindical (STC 73/84, de 27 de junio), precisa que esta vulneración está supeditada al hecho de que se trate de "una decisión contraria a la ley o claramente arbitraria e injustificada" (STC 187/87, de 24 de noviembre).

<sup>175</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma...(III), cit., p. 7. Para este autor, no obstante, la nueva fórmula, "pese a su aparente sencillez (...) suscita muy diversos problemas".

<sup>176</sup> Lo que no quiere decir que los sujetos legitimados para negociar vayan a participar, en todo caso, en la comisión negociadora, pues la limitación legal del número de componentes de la misma (art. 88.3 ET), puede dejar fuera de la misma a algún sindicato inicialmente legitimado pero proporcionalmente poco significativo (en este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit. p. 370-371; en contra de esa posibilidad de exclusión, VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma...(II) cit., p. 7).



negociador por la parte económica<sup>177</sup> han venido sometidos a un paulatino y progresivo proceso de perfeccionamiento, una vez que la práctica negocial ponía de manifiesto sus imperfecciones como mecanismos de verificación del poder negociador que habría de concurrir en cada caso<sup>178</sup>. Así, la sobredimensión del poder negocial que la opción exclusiva por la consistencia afiliativa, operada por la primera redacción del ET otorgaba a los pequeños y medianos empresarios, fue corregida posteriormente (con la Ley/32/1984), mediante la introducción, como criterio complementario al anterior, del censo de mano de obra empleada<sup>179</sup>. Esto supuso, sin duda, un mayor afinamiento en la verificación de la correspondencia entre poder negociador y ámbito negocial<sup>180</sup> que, como hemos visto, debe constituir el objetivo último del establecimiento de las reglas de legitimación<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> La capacidad negocial de las asociaciones, federaciones y confederaciones empresariales les viene atribuida genéricamente por la Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical que, en este aspecto, sólo efectúa una recepción de la legitimación conferida por el art. 37.1 CE. Las reglas establecidas en el art. 87 ET forman parte, en consecuencia, de las llamadas "garantías subjetivas" impuestas por la cualificación del tipo convencional estatutario. De dichas reglas, completadas con las previstas en la DA 6ª ET, se deduce que el criterio utilizado para medir la representatividad es el de la implantación efectiva o consistencia afiliativa, más o menos matizado por el del número de trabajadores implicados.

<sup>178</sup> Sin embargo, estas "mejoras técnicas" han sido siempre claramente insuficientes (en este sentido, analizando las innovaciones introducidas por la Ley 32/1984, v. SEMPERE NAVARRO, "La ley...cit.", p. 395 ss.). Asimismo, RIVERO LAMAS, "La legitimación empresarial...cit.", p. 22 ss. Un ejemplo ilustrativo de los problemas de acreditación de la representatividad por parte de las asociaciones empresariales, en ROQUETA BUS, "La legitimación negocial de las asociaciones empresariales", AL-17/93, p. 325 ss. En definitiva, como concluye RIVERO LAMAS (art. cit., p. 53), "la prueba de la mayor representatividad se convierte en una cuestión de hecho que exige la utilización de distintos medios probatorios para su acreditación judicial cuando aquélla se ponga en tela de juicio".

<sup>179</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La legitimación para negociar convenios colectivos", en Comentarios a la nueva legislación laboral, cit., p. 173.

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La legitimación para negociar convenios colectivos. el artículo 87 (reformado) del Estatuto de los Trabajadores", en Comentarios a la nueva legislación laboral, cit., p. 174. Una valoración matizada al respecto en, GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 133; RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit.", p. 22.

<sup>181</sup> Y por ello mereció una generalizada valoración positiva por parte de la doctrina (v., al respecto, VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma...(I), cit., p. 4). Como destaca este autor, la mayor adecuación de la regla es indudable "al ponderarse el peso relativo de los trabajadores al servicio de los empresarios afiliados a las respectiva asociación patronal e introducirse, de este modo, una mejor correlación entre la medición de la representatividad y la finalidad del

Por otro lado, las últimas reformas, a pesar de suponer modificaciones de menor envergadura, también han contribuido a la consecución de una mayor idoneidad de estos criterios. En primer lugar, en la línea de tendencia "realista" antes aludida, nos encontramos con la corrección técnica introducida en el artículo 87.3 in fine ET, referente a la legitimación empresarial. El objeto de esta modificación ha sido, por una parte, aclarar que debe tratarse de empresas "laborales"<sup>182</sup>, con lo que habrá que proceder a una depuración de los diferentes censos administrativos, eliminando todas aquellas que no tengan tal condición<sup>183</sup>. Su inclusión anterior provocaba evidentes distorsiones en la determinación de la consistencia afiliativa de las asociaciones empresariales que, al sobredimensionar su representatividad, introducían una indeseable disonancia en el sistema de negociación<sup>184</sup>. Por otro lado, la aclaración de la necesidad de que el requisito cuantitativo (10%) se extienda también sobre el ámbito de trabajadores afectados, supone un paso más en la línea apuntada<sup>185</sup>.

Por último, igual que ocurría respecto de la parte laboral, la valoración que merece la novedosa fórmula

---

ejercicio de la función representativa").

<sup>182</sup> "Esto es, a organizaciones productivas que empleen trabajadores por cuenta ajena" (RIVERO LAMAS, "Estructuras...cit., p. 58).

<sup>183</sup> En este aspecto la reforma es, sin embargo, poco innovadora, pues esta laguna ya había sido integrada por la jurisprudencia (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 366-367), razón por la cual, se le ha otorgado a la modificación introducida un valor "meramente pedagógico" (VALDÉS DAL-RE, "La reforma de las reglas de legitimación negocial (I), cit., p. 5).

<sup>184</sup> De este modo, la reforma legislativa en este punto merece una valoración positiva, ya que "rescata a la legitimación negocial empresarial de la indeseable zona de penumbra jurídica en la que progresivamente la venía alojando la irrazonable e irracional combinación de un sistema de reglas jurídicas muy formalizadas con la ausencia de mecanismos de verificación" (VALDÉS DAL-RE, "La reforma de las reglas de legitimación negocial" (II), cit., p. 5).

<sup>185</sup> Que, sin embargo, queda privado de eficacia al no trasladarse este doble módulo de medición a la hora de determinar la legitimación complementaria (v. infra).

contenida en el art. 87.4 ET, atribuyendo legitimación negocial a nivel estatal a las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma más representativas (conforme a la DA 6ª ET<sup>186</sup>), debe ser necesariamente negativa. En efecto, al hacer abstracción tanto del criterio afiliativo como del de ocupación efectiva, dicha formulación supone la ruptura con los principios que, en general, han venido rigiendo la legitimación empresarial a nivel sectorial<sup>187</sup>, introduciendo unas injustificables distorsiones en el modelo legal<sup>188</sup>.

#### **b) Legitimación complementaria o deliberante.**

Los principales problemas se van a plantear, sin embargo, en la segunda fase del proceso de selección del sujeto económico. En efecto, será a la hora de constituir el banco económico dentro de la comisión negociadora cuando se pongan de manifiesto una serie de dificultades en la acreditación del quantum representativo exigido que, a la postre, han propiciado la salida del cauce estatutario de un importante número de negociaciones<sup>189</sup>. Ello se debía a la disonancia entre los criterios de determinación de la representatividad establecidos a efectos de legitimación interviniente (consistencia afiliativa y censo de trabajadores afectados, como hemos visto) y el previsto para la válida constitución de la comisión negociadora (mayoría

---

<sup>186</sup> Sobre el alcance de esta remisión, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 367 (esp., n. 24).

<sup>187</sup> RIVERO LAMAS, "Estructuras...cit., p. 60.

<sup>188</sup> Además del consiguiente tratamiento desigual que conlleva, "erigiéndose el carácter autonómico (...) en la exclusiva razón tenida en cuenta por el legislador para reconocerles un tratamiento singular y privilegiado" (RIVERO LAMAS, "Estructuras..., cit., p. 60).

<sup>189</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma...(I), cit., p. 6.

de los empresarios afectados)<sup>190</sup>. Con estos antecedentes, la última reforma, sin corregir el defecto de correlación entre una y otra regla<sup>191</sup>, ha efectuado un cambio de criterio para la determinación de la legitimación complementaria. De este modo, el criterio del número de empresarios afectados es sustituido por el del número de trabajadores censados en el conjunto de las empresas.

La mencionada modificación no ha servido para adecuar los criterios de representatividad a las exigencias impuestas por la negociación colectiva de eficacia general. La correlación entre poder negociador y ámbito negocial, función principal de las reglas de legitimación, no llega a producirse. Para ello hubiera sido suficiente con la traslación del doble módulo establecido para computar la legitimación inicial a la fase de determinación de la legitimación complementaria<sup>192</sup>. Como ello no ha sido así, la sustitución del criterio del número de empresarios afectados por el del número de trabajadores, no elimina el efecto de desequilibrio de poder negociador entre los diferentes sujetos legitimados<sup>193</sup>, sino que lo único que hace es sustituir el sujeto favorecido por un sobredimensionamiento

---

<sup>190</sup> Sobre este "lapsus", y sus "extravagantes" consecuencias, v. RIVERO LAMAS, "La legitimación...cit.", pp. 23 ss y 54 ss, respectivamente.

<sup>191</sup> Como acertadamente se proponía desde la doctrina. Así, como apunta RIVERO LAMAS ("La legitimación...cit.", p. 54), "la corrección de esta laguna legal, que repercute de forma incuestionable en la legitimación real (aunque no en la formal) y en el poder de negociación del bloque empresarial, en los convenios sectoriales, entendemos que debería abordarse en un futuro mediante una regulación que garantizara la formación del <<banco económico>> atendiendo a un criterio de proporcionalidad de las asociaciones intervinientes en la negociación que respete el volumen de las plantillas de las empresas afiliadas a aquellas asociaciones, e imponiendo la condición adicional de que las empresas representadas den ocupación a la mayoría de los trabajadores que se verán afectados por el convenio que se establezca".

<sup>192</sup> Solución ésta, ya avanzada antes de la reforma por buena parte de la doctrina (así, entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos...cit., p. 77; DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, Instituciones...cit., p. 204).

<sup>193</sup> VALDÉS DAL-RE, "La reforma...(I)", cit., p. 7. Este autor destaca la compensación de estos desequilibrios que se producen por el juego conjunto de las reglas de legitimación inicial y complementaria.

en la valoración de ese poder negociador (antes eran los pequeños y medianos empresarios y ahora, las grandes empresas)<sup>194</sup>. En todo caso, son los propios sujetos legitimados lo que tienen en sus manos introducir las correcciones que estimen pertinentes, toda vez que las reglas del art. 88.1 ET se refieren a la representatividad de conjunto, y no al modo en que ésta se integra<sup>195</sup>.

#### 2.2.1.1.2.- Poder negociador y régimen de adopción de acuerdos.

Una vez constituida la comisión negociadora conforme a las reglas contenidas en los artículos 87 y 88 ET, es preciso establecer el modo en que, dentro de ella, se debe proceder para la válida adopción del acuerdo que dará luz al convenio colectivo. Se trataría, por tanto, de arbitrar una mera regla técnica que determinase el quorum preciso para entender jurídicamente efectivo el pronunciamiento de la comisión. En el fondo, de lo se trata es de encauzar la expresión de voluntad de ambos sujetos colectivos que consienten en someterse a la norma creada. En la forma, sin embargo, dicha manifestación de voluntad no difiere, en esencia, de la que ordinariamente rige el funcionamiento de los órganos colegiados. La única especialidad consiste en que, en la comisión negociadora, es necesario integrar, simultáneamente, dos expresiones de voluntad distintas pero objetivamente convergentes. Pero ello no plantea dificultad

---

<sup>194</sup> Y ello, sin perjuicio de la constatable "facilitación de la verificación y control de la concurrencia del requisito legitimador" (VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma...(I), cit., p. 8.

<sup>195</sup> En este sentido, como señala VALDÉS DAL-RÉ ("La reforma...(II); cit., p. 8), "la solución ha de quedar deferida al dominio de quienes negocian del lado empresarial, que pueden válidamente optar por asignar a ambos criterios un idéntico peso ponderativo (dividiendo el número de puestos a cubrir por dos y repartiendo separadamente los puestos de cada fracción según las distintas representatividades que se acrediten) o por atribuir mayor valor ponderativo a uno u otro módulo" (asimismo, suscribiendo esta solución, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 371).

técnica alguna en la medida en que sólo es preciso establecer el umbral numérico a partir del cual se entiende otorgado el consentimiento de cada una de las representaciones (laboral y económica) y, en consecuencia, exista un pronunciamiento favorable del órgano para la creación de la norma convencional.

El artículo 89.3 ET fija ese umbral, después de la reforma, en "la mayoría", lo que, a pesar de plantear alguna duda interpretativa, hay que entenderlo referido a la mayoría absoluta, es decir, la mitad más uno de todos los componentes de cada una de las representaciones. El establecimiento de esta mayoría cualificada garantiza plenamente la correspondencia entre el poder negociador integrado en la comisión negociadora y la norma creada, sin necesidad, por tanto, de traer a colación ningún criterio verificación añadido, como pudiera ser la representatividad encarnada por cada uno de los miembros de la comisión. Sin embargo, no ha sido una cuestión pacífica a la luz del debate doctrinal y jurisprudencial suscitado.

Como es obvio, la cuestión sólo se planteaba en los caso en que negociaba, por parte de los trabajadores, la representación sindical. Cuando el convenio de empresa o ámbito inferior es negociado por la representación unitaria no hay lugar a polémica alguna, toda vez que, "como órgano colegiado" (art. 65.1 ET), el acuerdo se lograba mediante las reglas ordinarias que disciplinan la formación de la voluntad (toma de acuerdos) en estos órganos<sup>196</sup>.

Si a nivel de empresa no se plantea problema alguno, pues la adopción del acuerdo por la mayoría exigida es

---

<sup>196</sup> Solución, que no se ve alterada por el hecho de que no negocie directamente el comité sino una delegación de éste (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Mayorías y minorías...cit., p. 44).

fácilmente calculable, al menos cuando negocia la representación unitaria, no ocurre lo mismo a nivel supraempresarial<sup>197</sup>. La errónea consideración de la regla contenida en el artículo 89.3 ET como regla (añadida) de legitimación negocial, va a mostrar, en este nivel negocial, sus perversas consecuencias. En efecto, la rigidez que se predica del sistema estatutario de negociación colectiva tiene aquí, sin duda, una de sus principales causas<sup>198</sup>. Pero tal rigidez no proviene sólo del hecho de que la norma contemple un determinado quorum, más o menos cualificado, sino, y principalmente, de una forma concreta de interpretar cómo ha de efectuarse el cálculo del mismo<sup>199</sup>. De este modo, la irresuelta polémica sobre si la base del cómputo deben ser los miembros en sí mismos considerados (voto personal) o, por el contrario, su representatividad (voto proporcional)<sup>200</sup>, ha traído consigo que, cuando se optaba por esta última solución, la consecución de la mayoría requerida se hacía más difícil<sup>201</sup>.

Con independencia de que, finalmente, se hayan impuesto soluciones más matizadas<sup>202</sup>, lo cierto es que no parece adecuado conectar, de este modo, dos fases que pertenecen a

---

<sup>197</sup> Problema que también se presenta a nivel de empresa cuando la comisión negociadora se formaba, del lado de los trabajadores, por representantes sindicales.

<sup>198</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Mayorías y minorías en la negociación colectiva", RL-85(II), p. 40 ss. Y, como se sabe, una de las principales razones de que la negociación colectiva iniciada mediante el cauce estatutario devenga, finalmente, extraestatutaria (v. infra).

<sup>199</sup> Sobre esta polémica interpretativa, reflejada en la diversidad de las soluciones jurisprudenciales, v. MARTÍNEZ EMPERADOR, art. cit., p. 84-85 y 97 ss.

<sup>200</sup> En estos términos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Mayorías y minorías en la negociación colectiva", cit., p. 42.

<sup>201</sup> Un planteamiento sintético de los términos del problema, en VALDÉS DAL-RÉ "La reforma...cit.", p. 3 ss.

<sup>202</sup> Tales como la de que el cómputo proporcional sólo se ha de llevar a efecto en el caso de que tal proporcionalidad no haya sido tenida en cuenta a la hora de constituir la comisión negociadora, pero no cuando ya se haya efectuado tal consideración.

momentos procesales distintos, trasladando, en consecuencia, cuestiones que son propias de la constitución de la comisión negociadora al contexto de la forma en que se deben adoptar los acuerdos, una vez constituida aquélla. Como órgano deliberador, la forma de constitución y la forma en que, dentro del mismo, se toman las decisiones, son aspectos totalmente diferentes entre los que no debe haber conexión alguna<sup>203</sup>. De otra manera, las disfuncionalidades son inevitables, pues, en definitiva, se reproduciría gratuitamente toda la polémica que, eventualmente, hubiera presidido la constitución de la comisión. En efecto, teniendo ésta como centro el debate sobre la representatividad de cada una de los sujetos con legitimación inicial, correspondería, en buena lógica, únicamente al momento de seleccionar los miembros que han de formar parte del órgano deliberador<sup>204</sup>.

Este hecho carece de justificación alguna, toda vez que estamos en un momento procesal distinto, donde el debate sobre la legitimación negocial, inicial o complementaria, ha debido darse por cerrado. Por otra parte, desde una perspectiva material, es obvio que traer a colación de nuevo el problema de la representatividad, nada aporta a la verificación del poder negociador concurrente, finalidad que, como hemos visto, es la propia de las reglas de legitimación, entre las que no hay que incluir la que examinamos.

---

<sup>203</sup> En este sentido, aunque de forma más matizada, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 373. Estas matizaciones se deben a la posibilidad de interpretar que la "mayoría" exigida fuese la "simple" y no la absoluta, lo que podría "provocar que el convenio colectivo acabe siendo aprobado por un número muy reducido de votos que rompa la relación, indirectamente presente en el voto por mayoría absoluta, entre presencia en la comisión y representatividad de fondo" (ib.). Pero sí, como aquí se mantiene, "se considera, lo que no es infundado deducir del artículo 89.3, que la mayoría requerida va referida a la totalidad de los miembros de cada una de las representaciones" (ib.).

<sup>204</sup> En términos críticos, se ha señalado cómo "una interpretación del art. 89.3 en éstos errados términos viene a trastocar las complejas interrelaciones entre las garantías subjetivas legalmente instituidas, haciendo inservible, a la postre, el alcance de la legitimación complementaria o adicional, que termina perdiendo toda significación institucional" (VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma...(III)", cit., p. 4).



Sólo de este modo, la indiscutible flexibilidad que introduce la reforma<sup>205</sup>, al bajar el quorum exigido del "60 por 100" a, simplemente, la "mayoría" de cada una de las representaciones, tendrá un verdadero alcance.

En definitiva, hay que tener en cuenta que, en este estadio, nos encontramos ante reglas meramente formales que no tienen una repercusión directa desde el punto de vista de la integración del poder colectivo pues, en todo caso, el quantum exigido, necesariamente cualificado, ya ha sido garantizado por las las reglas de legitimación. Es aquí, y sólo aquí, donde se le debe poner precio a la eficacia "erga omnes". Una vez cumplida esta garantía, se debe facilitar la adopción del acuerdo, no imponiendo trabas que, en última instancia, puedan provocar efectos contrarios a los perseguidos<sup>206</sup>.

Problema problema distinto es el referido a las consecuencias del incumplimiento de los requisitos de validez para la adopción del acuerdo. Como hemos visto, la última reforma ha introducido al respecto una clara corrección flexibilizadora<sup>207</sup>, bajando el umbral de una mayoría especialmente cualificada (60%) a la mayoría absoluta (50% + 1). La cuestión controvertida, inalterada por la corrección legal, se plantea, sin embargo, a la hora de valorar las consecuencias del acuerdo minoritario, así como la relevancia al respecto del tipo de representación (unitaria o sindical)

---

<sup>205</sup> Cuya función no es otra que la de "favorecer el desarrollo de la negociación colectiva de eficacia general", ya que "desactiva una de las más frecuentes causas de fuga del sistema negocial (o de expulsión de su resultado) hacia fórmulas extraestatutarias" (VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma... (III)", cit., p. 1).

<sup>206</sup> Por ejemplo, que una representación minoritaria llegue a ostentar un peso relativo mayor del que en principio le correspondería por su proporcionalidad y, a la postre, pueda llegar a frustrar la negociación de un convenio de eficacia general.

<sup>207</sup> Una valoración más matizada respecto del alcance del cambio en GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 372-373.

que negocie. Siendo indiscutible la imposibilidad de otorgar validez estatutaria al convenio resultante, la duda se plantea en torno a su validez como convenio de eficacia limitada.

En este sentido, hay que dejar constancia que la solución difiere en función del tipo de representación que negocie: si es la representación unitaria, la aplicación de las reglas ordinarias de funcionamiento (en concreto, el art. 65.1 ET) impiden que pueda deducirse validez alguna de un acuerdo minoritario<sup>208</sup>. Por el contrario, si la que negocia es la rperesentación sindical, el acuerdo minoritario en el seno de la comisión negociadora no evita que el convenio colectivo sea válido, si bien de eficacia limitada<sup>209</sup>. Pero ello, que indudablemente deriva de la especial naturaleza de la representación, no deriva tanto del hecho de que puedan considerarse por separado dentro de la comisión negociadora<sup>210</sup>, sino de la posibilidad, siempre existente, de vincularse mediante un convenio de eficacia limitada. En este caso, el incumplimiento de las reglas formales previstas en el ET, supone la conversión material del proceso negociador, que abandona el tipo estatutario o de eficacia general para pasar al de eficacia limitada. Desde ese momento, cualquier referencia a las reglas estatutarias carece de sentido y, en consecuencia, no pueden extraerse de ellas distinciones que, a la postre, justifiquen un régimen diferenciado en el cómputo de la mayoría requerida (proporcional o personal).

---

<sup>208</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Mayorías...cit.", p. 47.

<sup>209</sup> Ibidem.

<sup>210</sup> Que, en este caso, "no es un órgano ad hoc" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Mayorías...cit.", p. 47).

### 2.2.1.1.3.- Poder negociador y obligación de negociar.

Junto a las reglas que disciplinan la legitimación negocial, y fuertemente conectada con ellas, el ET establece en su artículo 89.1 y 2 el llamado deber de negociar de buena fe<sup>211</sup>. Con independencia de su alcance<sup>212</sup> y contenido<sup>213</sup>, el significado de esta previsión legal hay que conectarlo inmediatamente con la función promocional<sup>214</sup> que la CE encomienda al legislador en materia de negociación colectiva<sup>215</sup>, de la que constituye una de sus más señaladas manifestaciones<sup>216</sup>. Se sitúa, por tanto, entre los diversos aspectos del régimen convencional estatutario en que se desglosa la mencionada función legislativa de impulso del

---

<sup>211</sup> Como ha destacado la doctrina (SAÉZ LARA, "Limitaciones...cit., p. 9), la previsión estatutaria no supone nada nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, al encontrar precedentes, tanto en las leyes de convenios de 1958 y 1973, como en el RDLRT de 1977. Más detalladamente, CABEZA PEREIRO, La buena fe en la negociación colectiva, EGAP-SANTIAGO DE COMPOSTELA, 1995, p. 70 ss.

<sup>212</sup> Como se sabe, nunca alcanza la obligación de obtener un convenio (por todos, ALONSO OLEA, "Introducción: origen, desenvolvimiento y significado actual del convenio colectivo" en, Quince lecciones sobre convenios colectivos, cit., p. 21).

<sup>213</sup> Como apunta SAÉZ LARA ("Limitación al deber de negociar...cit., p. 8 ss.), el contenido del deber de negociar que se desprende de las previsiones legales (art. 89.1 y 2 ET), comprende, en primer lugar, "la obligación de la iniciación de las negociaciones" o "deber de comparecencia"; en segundo lugar, "una obligación de respuesta y contrapropuesta", en tercer lugar, "un deber de suministrar toda la información necesaria a la buena marcha de la negociación"; y, por último, "la obligación de cumplir los esfuerzos (léase también transacciones) que sean necesarias para llegar a un acuerdo" (p. 11).

<sup>214</sup> En este sentido, DESDENTADO/GARCÍA-PERROTE, art. cit., p. 547.

<sup>215</sup> Lo que tiene como presupuesto la especial configuración constitucional de la negociación colectiva como derecho, y no sólo como mera libertad (RODRÍGUEZ-PINERO, "La negociación colectiva como...cit., p...), que, en definitiva, impediría concebir el deber legal de negociar como una intervención limitativa de la autonomía colectiva. Como señala SAÉZ LARA ("Limitaciones...cit., p. 14) "el deber de negociar es precisamente un límite a aquella libertad de negociar, un límite que (...) persigue asegurar o garantizar, sin embargo, la efectividad de la autonomía negocial en la ordenación de las relaciones de trabajo". En términos generales, es constatable el carácter promocional de la negociación colectiva de este instrumento legal, llegando a constituir, en algunos casos, el eje del sistema convencional (destacando el ejemplo de los EEUU Y Suecia, GIUGNI, "La negociación...cit., p. 73; v., asimismo, JAUFFRET-EPSTEIN: "Le devoir de négocier de bonne foi en droit du travail américain", RIDC-82(II), p. 1123 ss.; más detalladamente, CABEZA PEREIRO, op. cit., p. 44 ss.).

<sup>216</sup> MARTÍN VALVERDE: "Los límites...cit., p. 66; asimismo, VALDÉS DAL-RÉ, "El paradigma...cit., p. 116.

proceso negocial<sup>217</sup>. En este sentido, aparte de la ya apuntada vinculación entre el deber de negociar y las reglas de legitimación, hay que destacar su conexión con las normas del ET referidas al contenido (mínimo y posible, arts. 85 y 82 ET) y las que afectan a la estructura de la negociación colectiva (art. 83 y 84 ET).

Desde nuestra perspectiva de estudio la atención al deber de negociar se justifica porque, en principio, supone un eventual condicionamiento a la creación de normas convencionales. De este modo, aún cuando el aludido condicionamiento dependa de la forma en la que se lleve a cabo su configuración jurídica concreta, es decir, en el alcance y contenido que le otorgue la ley<sup>218</sup>, el deber de negociar, como institución jurídica, influye directamente en la determinación del equilibrio de poderes que subyace a la negociación colectiva<sup>219</sup>. Por ello, el estudio del convenio colectivo estatutario como tipo convencional específico<sup>220</sup> no puede eludir la incidencia de la obligación de negociar sobre el proceso de creación normativa.

---

<sup>217</sup> Por ello constituye uno de los "mecanismos institucionales de impulso" (MARTÍN VALVERDE, "Estructura y proceso...cit., p. 25).

<sup>218</sup> No olvidemos que se trata de un deber legal (VALDÉS DAL-RÉ, "La negociación colectiva...cit., p. 482), es decir, no deducible necesariamente de la CE, a pesar de ser "una opción legal ajustada al mandato constitucional" (SÁEZ LARA, "Limitación al deber de negociar...cit., p. 9), sino que deriva de una "cuestión de oportunidad" libremente valorada y concretada en su alcance por el legislador (RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El deber de negociar", cit., p. 50).

<sup>219</sup> Aunque potencialmente cualquiera de las partes puede hacer uso de este instrumento, parece indiscutible que siendo su finalidad la limitación de una hipotética libertad negocial, la alteración del equilibrio que supone favorezca a los trabajadores. No hay que olvidar que el empresario, en principio, no está interesado en negociar colectivamente, pues le es más ventajosa la negociación individual (sobre el tema, v. CARRIER, *La estrategia...*cit., p. 96-97). Este fenómeno, particularmente observable en la negociación a nivel de empresa, hace que sea a este nivel donde mayor relevancia adquiera la imposición legal de una obligación de negociar. A nivel supraempresarial, al negociar las asociaciones empresariales, su virtualidad para compeler a negociar es menor, ya que la propia razón de ser de éstas es la negociación (RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El deber...", cit., p. 44, y doctrina que cita).

<sup>220</sup> Como veremos (v. infra), constituye una opinión generalizada la inaplicabilidad del deber de negociar a la negociación colectiva extraestatutaria, conectando así la naturaleza esencialmente legal del instrumento promocional (deber de negociar) con el producto convencional promocionado (convenio colectivo de eficacia general).

Sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina, el alcance efectivo del deber de negociar, tal y como está configurado en el ET, es bastante limitado<sup>221</sup> y, en consecuencia, su grado de influencia en la producción normativa no adquiere demasiada relevancia. En efecto, aparte de las excepciones que se derivan de sus propios presupuestos configuradores<sup>222</sup>, la vinculación contextual antes mencionada trae como resultado que su virtualidad va a depender de las limitaciones que se derivan de esos otros aspectos a los que se halla subordinadamente vinculado. Así, su conexión con las reglas de legitimación se concreta en el hecho de que sólo se va a verificar la existencia de un deber de negociar en los supuestos en que las partes cumplan las exigencias subjetivas requeridas para negociar convenios colectivos estatutarios<sup>223</sup>. La misma conclusión cabe extraer de su

---

<sup>221</sup> Como señala al respecto RAMÍREZ MARTÍNEZ ("El deber...cit., p. 51), "no se trata de un deber absoluto, sino de una obligación relativa". En este sentido, su propia configuración como norma dispositiva para la negociación colectiva, confiere a ésta la posibilidad de modular (al alza o a la baja) su alcance efectivo.

<sup>222</sup> Sobre las excepciones al deber de negociar, que, a tenor de lo dispuesto en el art. 89.1 ET, pueden ser legales o convencionales, v. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El deber...cit., p. 51 ss. Entre las primeras, descata la tipificada en el propio precepto, es decir, la existencia de un convenio no vencido, y que, por su confusa redacción, ha suscitado la conocida controversia sobre su alcance: la interpretación más restrictiva considera que sólo juega el deber de negociar en los supuestos de revisión de un convenio ya vigente y vencido; la más generosa, amplía su juego en los supuestos de cambio de unidad de negociación. Sobre esta polémica y su reflejo jurisprudencial v., especialmente, SÁEZ LARA "Limitaciones...cit., p. 11 ss.; asimismo, CAMPS RUIZ/SALA FRANCO: "El deber de negociar, el principio de no concurrencia y el cambio de unidad de negociación", PJ 12/88). En todo caso, parece entreverse que, aparte de un claro "horror vacui", una de las principales finalidades de el establecimiento legal del deber de negociar es la pretensión de "dotar de estabilidad a la estructura negocial" (SÁEZ LARA, art. cit., p. 12).

<sup>223</sup> Estas exigencias se corresponden con las contenidas en el art. 87 ET (RAMÍREZ MARTÍNEZ, "El deber...cit., p. 67), si bien determinados pronunciamientos jurisprudenciales han venido interpretando que las partes también deben ostentar la legitimación complementaria o deliberante (v., por ejemplo, STCT de 27/IV/87, comentada por MONTALVO CORREA, "Estudios...cit., p. 211; en los mismos términos, la STCT de 6(XI/86, también comentada por CAMPS RUIZ Y SALA FRANCO en "Los convenios colectivos extraestatutarios: eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación", DL-21/87, p. 127 ss.). Esta última interpretación trae como consecuencia que "el deber de negociar de buena fe sólo tiene sentido en el seno de una comisión negociadora válidamente constituida" (CAMPS RUIZ/SALA FRANCO, art. ult. cit. p. 140).

conexión tanto con las normas sobre el contenido convencional<sup>224</sup>, como con las que se refieren a la ordenación de la estructura negocial<sup>225</sup>.

#### **2.2.1.1.4.- Poder negociador y procedimientos de adhesión y extensión de convenios colectivos.**

Directamente conectados con el problema de la necesaria concurrencia de poder negociador, el legislador estatutario regula en el artículo 92 ET los institutos de la adhesión y la extensión. En efecto, a pesar de la evidente asistematicidad que se desprende de la ubicación de este precepto<sup>226</sup>, las previsiones contenidas en el mismo tienen como misión cubrir vacíos de regulación autónoma, es decir, espacios de ordenación de las relaciones laborales reservados en principio a la negociación colectiva<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> Sin embargo, dada la amplitud de los términos en que se regula el contenido posible de la negociación colectiva (arts. 82.2 y 85.1 ET), se hace necesario establecer una clasificación entre las diversas materias convencionales a efectos de concretar el alcance material del deber de negociar. En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ (art. utl cit., p. 57) propone la extrapolación al ordenamiento español de categorías propias del sistema estadounidense. De este modo, se distinguiría entre materias de negociación obligatoria ("mandatory topics"), de negociación permitida ("permissive topics"), y de negociación ilegal o prohibida ("illegal topics").

<sup>225</sup> Como se deduce de la explícita mención de lo establecido en los arts. 83 y 84 ET. En este sentido, si bien la libertad de elección de unidad de negociación (art. 83.1 ET), no supone en sí misma la posibilidad de que una parte se niegue a negociar, pues se trata en todo caso de una "libertad compartida" (SAÑEZ LARA, "Limitaciones...cit.", p. 14), su disponibilidad colectiva mediante acuerdo interprofesional (art. 83.2 ET) supondría una "causa convencionalmente establecida" (art. 89.1 ET) que excepcionaría o limitaría el deber de negociar. En relación con el art. 84 ET no parece que haya duda sobre las limitaciones que proyecta al deber de negociar, si bien ahora matizadas por la nueva redacción dada al precepto. De este modo, en las excepciones al principio de prohibición de concurrencia contempladas, la limitación al deber de negociar sólo juega respecto a las "materias no negociables". Ello supone otorgar una mayor relevancia a los contenidos negociales a la hora de delimitar el alcance del deber de negociar, en la línea de otros ordenamientos jurídicos.

<sup>226</sup> Dentro del Capítulo II, intitulado "Procedimiento", cuando nada tiene que ver con fase procesal alguna en la elaboración del convenio colectivo.

<sup>227</sup> En efecto, sin que ello suponga la existencia de una reserva material al respecto o un reparto competencial entre ley y negociación colectiva, parece que no hay duda en la regulación sectorial de las condiciones de trabajo sea el ámbito objetivo donde naturalmente se proyecta el poder colectivo, siendo el de

Sin perjuicio de sus evidentes diferencias, tienen en común su función que no es otra que la de ampliar el espectro de regulación autónoma, superando las limitaciones estructurales de la propia negociación colectiva<sup>228</sup>. El legislador estatutario expresa, de este modo, la decidida apuesta por la autorregulación plasmada en la CE, de la que se deriva una preferencia de la misma sobre la heterorregulación.

En este sentido, el mencionado precepto supone un grado más en la función de garantía o apoyo al fenómeno colectivo que la ley ha asumido. Ello no obstante, su conexión con el poder negociador y, por tanto, su carácter de "garantías subjetivas" sólo puede entenderse en un sentido negativo. A diferencia de las reglas de legitimación, los mencionados institutos no tienen como misión integrar un poder colectivo suficiente para la negociación de un convenio eficacia general, lo que conlleva, como hemos visto, una actividad selectiva entre la pluralidad de sujetos concurrentes. Antes al contrario, se trata de soslayar una déficit de poder colectivo y, en consecuencia, una ausencia de regulación autónoma que se estima perniciosa.

Pero la posible afinidad entre una y otra figura se detiene aquí, en esta especie de identidad funcional<sup>229</sup>, es decir, en el hecho de constituir mecanismos de cierre del sistema de regulación de condiciones de trabajo<sup>230</sup>. La diferencia entre su respectiva naturaleza es, como es

---

la ley, la regulación general y básica de las mismas (v. *infra*, 3.2).

<sup>228</sup> Sin embargo, esta virtualidad ordenadora de ambos institutos hay que observarlas con matices en nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta la opción del legislador por un modelo de negociación colectiva de eficacia general *ex ante* (v., al respecto, VALDÉS DAL-RE, "La adhesión...cit., p. 504-505).

<sup>229</sup> VALDÉS DAL-RE, "La adhesión y la extensión...cit., p. 501.

<sup>230</sup> CAMPS RUIZ, "Adhesión y extensión...cit., p. 145.

fácilmente perceptible, bastante considerable<sup>231</sup>. Su examen, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, pone rápidamente en evidencia el diferente modo en el que se efectúa la cobertura de los vacíos normativos en uno y otro caso. En efecto, en una escala gradual que fuera desde la esfera de la autonormación a la de la heterorreglamentación, ambos institutos ocuparían espacios intermedios. La adhesión, como manifestación atenuada de la negociación colectiva, aún se encontraría dentro del ámbito del ejercicio de la potestad autonormativa. La extensión, al ser fruto de la actividad de un órgano administrativo, sería una manifestación de una potestad reglamentaria, y ello, con independencia de que su objeto sea extapolar el contenido de un convenio colectivo en vigor.

En esta "secuencia lógica"<sup>232</sup> se parte del principio de la prioridad o preferencia de la autonormación, habida cuenta del espacio objetivo que se pretende regular, de manera que la sucesión gradual hacia la heterorregulación tiene como presupuesto insoslayable la constatación, también sucesiva, de la imposibilidad de recurrir a las diversas soluciones previstas por el ordenamiento. El orden de prelación sería, de este modo, el siguiente: negociación colectiva (Título III ET), adhesión (92.1 ET), extensión (92.2 ET), reglamento sectorial (D.A. 1ª ET)<sup>233</sup>.

Con estos presupuestos, estamos en disposición de realizar un somero repaso por la configuración jurídica de ambas figuras.

---

<sup>231</sup> De ahí que el reproche a la sistemática utilizada por el legislador estatutario tenga aún mayor relieve (en este sentido y aportando soluciones alternativas, VALDÉS DAL-RE, "La adhesión...cit., p. 501).

<sup>232</sup> DURÁN LÓPEZ, "La extensión...cit., p. 167.

<sup>233</sup> En este precepto, precisamente, se destaca el carácter "prioritario" de los procedimientos previstos "en el artículo 92 de esta Ley".



### a) La adhesión.

Los estudios realizados sobre la adhesión<sup>234</sup> revelan la diversidad de técnicas que pueden integrarse en una acepción amplia de este concepto<sup>235</sup>. Ciñiéndonos a la figura contemplada en el artículo 92.1 ET, puede compartirse sin reparos la común afirmación de la doctrina que estima que tal adhesión no es otra cosa que una peculiar manifestación de la negociación colectiva<sup>236</sup>, cuya única peculiaridad es la adopción, por los sujetos negociadores, de un texto convencional ya existente<sup>237</sup>. Esta suscripción a un texto vigente puede deberse a diversas causas<sup>238</sup>, pero en ningún caso pone en cuestión la naturaleza del convenio por adhesión, es decir, su calidad de producto normativo creado por la negociación colectiva.

La opción del legislador estatutario por el modelo de negociación colectiva de eficacia general repercute directamente sobre la configuración funcional de la técnica

---

<sup>234</sup> V., entre otros, el exhaustivo trabajo monográfico de OLARTE ENCABO, *El convenio colectivo por adhesión*, CARL/CIVITAS-MADRID, 1995; también, RABANAL CARBAJO, "La adhesión en la vigente normativa de negociación colectiva", DL-37/92, p. 119 ss.; VALDÉS DAL-RÉ, "La adhesión y extensión...cit."; CAMPS RUIZ, "Adhesión y extensión de convenios colectivos" (I y II), AL 9-10/93; p. 145 ss.

<sup>235</sup> Así se distinguen de la contemplada en el art. 92.1 ET otras figuras afines como la recepción, la remisión y la remisión subsidiaria (VALDÉS DAL-RÉ, "La adhesión...cit.", p. 508 ss.; CAMPS RUIZ, "Adhesión...cit.", p. 157; OLARTE ENCABO, op. cit., p. 73 ss.

<sup>236</sup> Por todos, VALDÉS DAL-RÉ, "La adhesión...cit.", p. 499. El hecho de que sea una modalidad singular de convenio colectivo, implica que, en ningún caso, puede considerarse la adhesión del art. 92.1 ET como un modo de ampliar el ámbito del convenio adherente, pues estamos ante dos unidades de negociación totalmente diferentes (OLARTE ENCABO, op. cit., p. 40 ss.)

<sup>237</sup> De este modo, "la ley configura la adhesión como un acto jurídico bilateral, un negocio bilateral, por el que terceros ajenos a un convenio colectivo, deciden voluntariamente someterse a la totalidad del contenido del mismo" (OLARTE ENCABO, op. cit., p. 35).

<sup>238</sup> De este modo, constituye una técnica que, normalmente, "responde a situaciones de debilidad sindical, ya que no en todas las unidades los agentes sociales disponen de los recursos humanos adecuados y de los recursos económicos suficientes para acometer la compleja tarea de elaboración de una <<ley>> de la profesión, el convenio" (OLARTE ENCABO, op. cit., p., 36).

de la adhesión que, en nuestro ordenamiento, no tiene como misión la unificación de las condiciones de trabajo, sino la de regularlas dentro de un ámbito determinado<sup>239</sup>. La indiferenciación funcional entre esta figura y el convenio colectivo ordinario trae consigo que las exigencias contempladas en el ET, principalmente en materia de legitimación<sup>240</sup>, sean predicables de ambos. De este modo, siendo modos de ordenación colectiva complementarios, la misión de la adhesión se reduce a cubrir aquellos espacios en los que, aún existiendo poder negociador, este es insuficiente, por si sólo, para llevar a cabo un proceso negociador<sup>241</sup>.

#### b) La extensión.

En términos generales, la extensión<sup>242</sup> se configura

---

<sup>239</sup> En este sentido, entre otros, VALDÉS DAL-RÉ: "La adhesión...cit., p. 505; OLARTE ENCABO, op. cit., p. 68.

<sup>240</sup> Para CAMPS RUIZ ("Adhesión...cit., p. 146), en la adopción del acuerdo de adhesión no sólo se deberá aplicar los arts. 87 y 88 ET, lo que se deduce directamente del tenor del art. 92.1 ET, sino también el art. 89.3 ET.

<sup>241</sup> De este modo, "la adhesión cumple así una función optimizadora de la negociación colectiva en el sentido de que contribuye al incremento de la dimensión de la misma (al contribuir al grado de cobertura de aquélla) y aporta cauces alternativos al convenio estatutario ordinario" (OLARTE ENCABO, op. cit., p. 55).

<sup>242</sup> V. sobre el tema, entre otros, los trabajos de VALDÉS DAL-RÉ, "La adhesión y la extensión...cit., esp. p. 520 ss.; *idem*, "Sobre la competencia para dictar actos de extensión", RL-87 (II), p. 3 ss.; DURÁN LÓPEZ, "Problemas de la extensión de los convenios colectivos", en Los problemas actuales de la negociación colectiva, cit., p. 21 ss.; *idem*, "La extensión de los convenios colectivos: naturaleza y competencias de las Comunidades Autónomas", RL-4/88, p. 161 ss.; MONTOYA MELGAR (...REDT-52/92); GÁRATE CASTRO, "Sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de un convenio colectivo", RL-14/91, p. 525 ss.; CAMPS RUIZ, "Adhesión y extensión de convenios colectivos", cit.; SAEZ LARA, "La extensión de convenios colectivos: la experiencia española", en La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo, cit., p. 133 ss.; JIMÉNEZ VELASCO, "La naturaleza jurídica del acto de extensión de convenios colectivos", RL-88(I), p. 269 ss.; FERNÁNDEZ FRUTOS, "La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España", EST-18/92, p. 103 ss.; RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 105 ss.; MUGA ROBLEDO, "Problemática de la extensión de convenios colectivos", en La administración de los convenios colectivos y su valor normativo, III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva, CCNCC/MTSS-MADRID, 1991; p. 71 ss.

jurídicamente en nuestro ordenamiento<sup>243</sup> como un mecanismo de intervención administrativa que tiene por objeto suplir, no sólo un déficit de regulación, sino también un déficit de poder negociador. Como mecanismo de suplantación de la negociación colectiva<sup>244</sup> y, por ello, con indudables repercusiones en el sistema de fuentes de derecho del trabajo<sup>245</sup>, sólo se activará, por tanto, en el supuesto extremo de que concurran las causas legalmente previstas<sup>246</sup>, y mediante el procedimiento previsto al efecto<sup>247</sup>

Desde esta perspectiva, su vinculación con la negociación colectiva, como fuente del derecho, es bastante débil, pues se concreta en que el vacío de regulación es llenado por la administración con el contenido, más o menos completo, de un convenio colectivo vigente.

Esta especie de mixtificación entre poder normativo y contenido normativo ha provocado un denso debate teórico sobre la naturaleza del acto de extensión, no exento, sin embargo, de importantes consecuencias prácticas, toda vez que la asunción de la competencia por las CCAA para dictarlo

---

<sup>243</sup> En este sentido, se ha puesto de relieve el carácter "sui generis" de la extensión regulada en el ET y, en consecuencia, la inidoneidad de la extrapolación de elaboraciones dogmáticas pertenecientes a otros ordenamientos, donde el instituto tiene una funcionalidad distinta, acorde con el modelo legal de negociación colectiva. Es el caso, por ejemplo, de Francia, donde partiendo de un sistema de negociación colectiva de eficacia limitada, la función de la extensión consiste en ampliar el ámbito de aplicación subjetiva del convenio, lo que en nuestro país se produce *ex ante*. Para cubrir vacíos normativos se contempla un mecanismo llamado "elargissement" que es el que se asemeja a nuestra extensión (sobre el alcance práctico de este mecanismo, v. CHALARON, "Conventions...cit.", p. 18).

<sup>244</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit.", p. 39.

<sup>245</sup> DURÁN LÓPEZ, "La extensión...cit.", p. 161.

<sup>246</sup> Un estudio de la práctica de la extensión pone de relieve, sin embargo, que en la mayoría de los expedientes se suelen alegar conjuntamente las dos causas legales establecidas en el art. 92.2 ET, sin que ello sea óbice para que, por el carácter excepcional del mecanismo, su concurrencia haya sido objeto de restrictivas interpretaciones (v. sobre el tema, SAÑEZ LARA, "La extensión...cit.", p. 139-140).

<sup>247</sup> Contenido en el RD 572/1982, de 5 de mayo.

dependerá del resultado del mismo. Las diversas opiniones se han ido polarizando en torno a dos posiciones: por un lado, los que defienden la naturaleza reglamentaria de tal acto y, por ello, la competencia exclusiva del Estado para proceder a la extensión de convenios<sup>248</sup>; por otro lado, los que apuestan por su carácter de simple acto administrativo y, como tal, susceptible de ser dictado por las CCAA<sup>249</sup>.

Como vemos, en el mencionado debate se entrecruzan los elementos teóricos de índole estrictamente jurídica (naturaleza del acto) con consideraciones de orden práctico (competencia de la CCAA para dictarlo<sup>250</sup>), en cuya valoración predominan los criterios de oportunidad política. Resultado de todo ello es que la adscripción a una u otra posición teórica va a estar en ocasiones condicionada por el juicio de idoneidad que, a priori, se haya emitido en torno a la asunción por parte de las CCAA de la competencia para dictar el acto de extensión. Ello trae consigo el riesgo de que el debate teórico quede sacrificado ante las exigencias prácticas planteadas, tratando de compatibilizar la naturaleza del acto (legislación/ejecución) con la oportunidad de que sea dictado por las CCAA.

Sin embargo, no hay razón para que la mencionada compatibilidad deba forzar la calificación jurídica del acto de extensión. Se puede defender la oportunidad de que el acto sea dictado por las CCAA, como ocurre con materias similares, sin que haya un pronunciamiento expreso sobre la naturaleza

---

<sup>248</sup> Por todos, VALDÉS DAL-RÉ, "La adhesión y la extensión...cit.", p. 526.

<sup>249</sup> Entre otros, JIMÉNEZ VELASCO, "La naturaleza jurídica...cit.,"; DURÁN LÓPEZ, "La extensión...cit.,

<sup>250</sup> Y ello en base al reparto competencial efectuado por el art. 149.1.7ª CE, a distinguir entre legislación y ejecución (v. sobre el tema, RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 141).

del acto<sup>251</sup>, o, en su caso, sin que tal pronunciamiento tenga que reducirse a la alternativa planteada<sup>252</sup>.

Lo verdaderamente importante es la constatación de que, en ningún caso, la fuerza normativa del convenio extendido proviene de la negociación colectiva, sino de la autoridad administrativa que dicte el acto de extensión. El que esta actividad pueda incluirse dentro de una genérica potestad reglamentaria que abarcase los actos dictados por las CCAA o, por el contrario, el que éstos hayan de ser calificados como supuestos cualificados de actos administrativos, es un debate propio de la dogmática administrativista.

Pero su resultado no podrá alterar la conclusión adoptada, ni pretender proyectar repercusión alguna sobre la naturaleza, indiscutiblemente heterónoma, del convenio extendido que, más allá de su ámbito primigenio, pierde toda vinculación con el poder colectivo del que trae causa. El que se adopte el contenido de una norma convencional para ser aplicado sobre un conjunto de relaciones laborales distinto no supone una extensión del poder normativo (objetivizado) de los sujetos negociadores, sino una extrapolación del mismo más allá de su área de influencia. En otras palabras, no se trata de generalizar la eficacia del convenio a toda la unidad negocial<sup>253</sup>, sino de "exportar" el convenio hacia otras unidades de negociación completamente diferentes, algo

---

<sup>251</sup> Tal es la solución adoptada por las SSTC 86/91, de 25 de abril, y 102/91, de 13 de mayo (respecto a la primera, v. el comentario de MONTOYA MELGAR...; un resumen de la doctrina sentada en ambas en, RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 128 ss.). En ambas sentencias, el TC trasciende del problema de la calificación jurídica del acto, es decir, "no para mientes en el carácter reglamentario o de acto administrativo de la extensión" y, adoptando un "concepto material de legislación" (RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 145), acaba considerando a la extensión como un acto ejecutivo y, por ello, susceptible de incluirse entre las competencias de las CCAA.

<sup>252</sup> Así, GÁRATE CASTRO, "Sobre la naturaleza...cit., p. 527; RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 138.

<sup>253</sup> Función que desempeña la extensión en los ordenamientos que contemplan el modelo de negociación colectiva de eficacia limitada (p. ej., en Francia).

que nunca podrían hacer los sujetos negociadores por sí mismos y que, en consecuencia, tiene necesariamente su causa en un poder normativo heterónomo. El convenio extendido, como norma jurídica, es fruto de la actividad creadora de este poder<sup>254</sup>, y ello con independencia de que su contenido sea más o menos similar al de otro convenio colectivo.

#### **2.2.1.2.- Garantías materiales.**

##### **2.2.1.2.1.- Función normativa y contenido convencional.**

La normatividad del convenio colectivo no sólo depende de la concurrencia dialéctica de sujetos colectivos con poder negociador. Constituyendo uno de sus presupuestos esenciales, el poder normativo colectivo necesita proyectarse sobre la realidad jurídica, es decir, concretarse en forma de regulación específica con vocación de incidir en la ordenación de las relaciones individuales de trabajo. Por ello, junto a ese componente subjetivo de la norma convencional (poder negociador), debe aparecer inexorablemente el componente objetivo: el contenido convencional. Como expresión objetivizada de poder normativo, el contenido del convenio define el ámbito competencial sobre el que se extiende dicho poder. De ahí, la importancia de su delimitación, toda vez que, en última instancia, no sólo la funcionalidad de la negociación colectiva como fuente, sino la propia virtualidad del principio de autonomía colectiva, va a depender de la existencia de un espacio propio de

---

<sup>254</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 39.

expresión normativa<sup>255</sup>.

Si la función normativa del convenio colectivo necesita contar, para su efectivo despliegue, con un ámbito de regulación "reservado", es obvio que corresponde al legislador garantizar la existencia del mismo. Y ello desde un doble plano. En primer lugar, desde un plano positivo, porque así se deriva de la configuración constitucional de la negociación colectiva como fuente, de la que es concreción inmediata el mandato promocional contenido en el artículo 37.1 CE<sup>256</sup>. En segundo lugar, desde un plano negativo, porque, siendo su competidor el omnímodo poder estatal<sup>257</sup>, sólo mediante una autolimitación de éste podrá hacerse efectivo dicho mandato.

Constituyendo fases histórica y lógicamente sucesivas (primero, autolimitación; después, promoción), el contenido convencional ha ido ampliándose progresivamente, de manera que hoy podría aludirse a un "contenido típico" del convenio, integrado por todas aquellas materias que, por su naturaleza, son especialmente susceptibles de ser reguladas por este instrumento normativo. De este modo, la flexibilidad de la norma convencional, caracterizada por su adaptabilidad a las circunstancias específicas del ámbito de regulación y su vigencia temporal limitada, repercuten en su funcionalidad

---

<sup>255</sup> De este modo, y a pesar de su escaso tratamiento doctrinal, el tema del contenido convencional cobra una especial relevancia dentro del estudio de la negociación colectiva, sobre todo si éste se lleva a cabo desde el privilegiado observatorio del sistema de fuentes del derecho (MARTÍN VALVERDE, "Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo" en, Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS-MADRID, 1993; p. 57).

<sup>256</sup> V. ut supra, Cap. III.2.3.

<sup>257</sup> La autonomía individual no constituye un poder normativo en sentido estricto. Como hemos apuntado, las limitaciones que pueda proyectar sobre la negociación colectiva tienen su fundamento último en el poder del Estado que es el que configura ese espacio de libre actuación individual (v. ut supra, Cap. II.3.3).

normativa, lo que, a la postre, refuerza su posición en el sistema de fuentes. En definitiva, se puede decir que la normatividad del convenio está en función directamente proporcional a su capacidad para ir integrando parcelas de regulación en su contenido.

Sin perjuicio de ello, conviene aclarar que, como es sabido, esta progresiva asunción por la negociación colectiva de competencias reguladoras<sup>258</sup> no supone, en ningún caso, el reconocimiento de un espacio reservado o exclusivo del cual la ley haya quedado expulsada<sup>259</sup>. La autolimitación legal no significa una remisión incondicional de materias a la negociación colectiva. Por el contrario, el papel constitucionalmente otorgado a la ley impide que dicho trasvase material se efectúe sin tener en cuenta los límites impuestos, tanto por la propia capacidad ordenadora de la negociación colectiva, como por la naturaleza de las materias objeto de regulación<sup>260</sup>. Por ello, más que de reparto competencial de materias, lo que se establece propiamente es una distribución de funciones normativas respecto de las mismas materias<sup>261</sup>. Pero esta distribución funcional, al suponer un determinado diseño de las relaciones entre normas convencionales y legales, se va a poner de relieve en el

---

<sup>258</sup> Poniendo de manifiesto esta "progresiva extensión cualitativa de los contenidos del convenio", BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo...* cit., p. 112; asimismo, DE LUCA TAMAJO, "L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva", RIDL-85(I), p. 16 ss.

<sup>259</sup> Por todos, MARTÍN VALVERDE, "Espacio y límites..." cit., p. 61.

<sup>260</sup> Se trata, por tanto, de una autolimitación limitada por la propia función constitucionalmente asignada a la ley en materia laboral.

<sup>261</sup> Sin embargo, en las últimas reformas legislativas, la proclamada "cesión de la norma estatal en favor de la convencional" (Exp. Mot. ley 11/1994) ha conllevado la desregulación efectiva de determinadas materias, lo que va más allá de la aludida distribución funcional más o menos oscilante. En efecto, como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("Contenido negocial y sucesión de convenios" en, DEL REY/ALARCÓN (Coord.): *La reforma de la negociación colectiva*, MP-MADRID, p. 90), este hecho significa que la reforma no sólo ha supuesto una "alteración de la posición relativa de cada tipo de normas en el sistema de fuentes (...), sino que "es sólo el convenio el que podrá abordar esas materias, con lo que tiene lugar una entrega incondicionada al mismo: la regulación será convencional o no será" (las cursivas son nuestras).



momento de la aplicación normativa, al cual se remite su estudio<sup>262</sup>.

Lo que ahora interesa destacar, desde el estricto plano de la creación jurídica<sup>263</sup>, es la función que debe cumplir en la ley en el establecimiento de una serie de normas sobre la producción jurídica que afecten al contenido convencional.

Delimitada así la problemática, se puede afirmar que la intervención del legislador puede oscilar entre el mero garantismo o la decidida promoción de la función normativa del convenio. En el primer caso, la ley se limitaría a la fijación de unos mínimos competenciales que jugarían a modo de conditio sine que non para la identificación tipológica del mismo. Por su necesaria concurrencia, se le denomina contenido mínimo u obligatorio. En el segundo caso, la ley, además de garantizar ese mínimo, señalaría una serie de materias que, por su naturaleza, encontrarían en el convenio el cauce idóneo de regulación. Por su carácter facultativo, integran el llamado contenido posible. Por otra parte, cabe que el legislador se reserve la regulación exclusiva de determinadas materias especialmente significativas desde la perspectiva del "orden público laboral". En todo caso, estas limitaciones a la negociación colectiva no deben ser arbitrarias, sino constitucionalmente justificadas<sup>264</sup>. Este

---

<sup>262</sup> V. infra 3. Y ello, sin perjuicio de las repercusiones de tal diseño sobre el momento creativo. En este sentido, no hay que olvidar que el poder negociador del sindicato se verá decisivamente afectado por el modo en que la ley asuma la regulación de las diversas materias laborales: es obvio que no es lo mismo que la ley se configure como derecho necesario relativo respecto del convenio que, por el contrario, opte por un reenvío a éste sin garantía de mínimos (destacando este dato desde el punto de vista sociológico, v. CARRIER, op. cit., p. 80-83 y 90-91).

<sup>263</sup> Es decir, en el marco del Título III del ET, haciendo abstracción del resto de la norma estatutaria que es donde se establece, a la hora de regular los diferentes contenidos de las relaciones de trabajo, la mencionada distribución funcional. Y ello, sin perjuicio del carácter complementario de ambas perspectivas de estudio (MARTÍN VALVERDE, "Espacio y límites...p. 65).

<sup>264</sup> Como afirma DURÁN LÓPEZ ("El contenido...cit., p. 532), en definitiva, "es en el seno de la Constitución, pues, donde hemos de buscar las normas que puedan tener una incidencia limitadora sobre los contenidos de la negociación".

tercer grupo constituiría el llamado contenido prohibido.

Pero el establecimiento heterónomo de una serie de normas sobre la producción jurídica en relación con el contenido ("garantías materiales") no se agota en esta faceta objetiva o cuantitativa. Si el acotamiento legal de un espacio competencial se conecta directamente con la garantía del derecho a la negociación, el otro mandato constitucional, es decir, la garantía de la vinculabilidad del convenio, exige de la ley un esfuerzo suplementario: la protección de lo convenido. Es lo que se denomina comúnmente como *intangibilidad del convenio*.

En efecto, si la temporalidad es un elemento connatural al convenio y, valorado positivamente, otorga al mismo una ductibilidad que repercute sobre su funcionalidad normativa, la intangibilidad del mismo asegura la estabilidad que exige su naturaleza normativa<sup>265</sup>.

Por último, antes de pasar al examen de la regulación estatutaria del contenido convencional, es necesario efectuar una consideración general sobre el papel del contenido en la diversificación tipológica de las normas convencionales. Si la intangibilidad y la temporalidad son dos aspectos del contenido identificativos de toda norma convencional, la nota distintiva entre ellas va a estar en la dimensión del espacio competencial que ocupan. Esto no quiere decir que esta sea la causa de la mencionada diversificación: más bien es su consecuencia. La causa viene dada por la distinta funcionalidad que caracteriza a cada instrumento convencional. De este modo, la vocación de constituir una

---

<sup>265</sup> Como veremos, ambas facetas encuentran proyección en el Título III ET.

ordenación completa que caracteriza al convenio colectivo<sup>266</sup>, siendo una nota intrínsecamente conectada a su propia configuración tipológica, no es sino consecuencia de la función normativa<sup>267</sup> (homogeneizadora o uniformadora) que desempeña en el conjunto del sistema de fuentes convencionales<sup>268</sup>. Por el contrario, el acuerdo colectivo se va a caracterizar por disponer de un reducido espacio competencial, es decir, por su vocación de regular aspectos concretos y diversificados de la relación de trabajo. Ello se debe a que la función que le corresponde en el sistema de fuentes no es efectuar regulaciones homogéneas y completas,

---

<sup>266</sup> Acentuada tras la reforma mediante la incorporación de nuevas áreas competenciales, señaladamente, la instauración de procedimientos autocompositivos de solución de conflictos (arts. 85.2.e, 91 y 85.1 ET) (sobre el tema, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit., p. 101 ss). Es obvio que este enriquecimiento material supone un paso más en esa vocación de plenitud del convenio colectivo, repercutiendo necesariamente en su fuerza normativa. Por ello, una de las líneas fundamentales de los sindicatos en materia de negociación colectiva ha sido la de profundizar en los contenidos, abarcando áreas distintas a las tradicionales (sobre esta idea de las "regulaciones generales", v. DE LA VILLA: Estudio preliminar a la edición española a la obra de CARRIER, La estrategia de las negociaciones colectivas, cit., p. 33). Sin embargo, la realidad no ha acompañado a los propósitos, siendo la pobreza de contenidos "uno de los lugares comunes más habituales en el enjuiciamiento de la negociación colectiva en España", tópico que, no obstante, "no debe ser exagerado" (MARTÍN VALVERDE, "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional" en, El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional. II Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva, MTSS-MADRID, 1990, p. 42).

<sup>267</sup> Conforme a las premisas metodológicas de las que se parten en el presente trabajo, es la función la que define la estructura jurídica, no sólo respecto del sistema en su conjunto, sino de cada elemento del mismo.

<sup>268</sup> Y ello sin perjuicio de que, siendo producto de un "poder normativo disperso" (MARTÍN VALVERDE, "Espacios...cit., p. 59), ese carácter haya de predicarse respecto de todo convenio colectivo, con independencia de la unidad de negociación elegida. La existencia de una diversidad de convenios simultáneamente vigentes cada uno en su ámbito respectivo, producto de la libertad de elección de unidades de negociación (art. 83.1 ET), puede ocasionar problemas cuando los ámbitos se solapen. La solución que en su caso se adopte, sin embargo, no puede cuestionar la identidad tipológica de todos los convenios, basada, fundamentalmente, en esa vocación reguladora de todo lo "regulable". Se trataría de problemas relacionados con la estructura de la negociación, cuya solución vendría dada por la búsqueda de mecanismos de coordinación o articulación entre los diferentes niveles negociadores. Ello no obstante, las últimas reformas aportan ejemplos en los que la remisión a la negociación colectiva no es genérica, sino que específica, bien el tipo de fuente formal a utilizar (acuerdo o convenio), bien el tipo de convenio (sector o empresa). En este último caso, parece que se desprende una distinción cualitativa entre convenios en función de los niveles de negociación, al reservar determinadas materias especialmente relevantes a los convenios de sector. Ello estaría plenamente justificado por la garantía que ofrece el mayor poder representativo de los sujetos negociadores a ese nivel. Sin embargo, estas remisiones cualificadas no responden a una determinanda lógica de la que se puedan extraer conclusiones definitivas, pues existen supuestos en los que no se percibe la correspondencia entre la cualificación de la materia y la cualificación del nivel de negociación (GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit., p. 96).

sino excepcionales y parciales<sup>269</sup>.

**2.2.1.2.2.- El contenido convencional en el Título III ET.**

**2.2.1.2.2.1.- El convenio colectivo de eficacia general y el contenido mínimo.**

Con independencia de las consideraciones generales que se acaban de hacer en relación con el contenido del convenio colectivo como tipo normativo, el plus de eficacia personal otorgado por el legislador al convenio colectivo "erga omnes", debería tener proyección sobre la regulación legal de su contenido. De este modo, sin que la diferencia comportase ningún tipo de especialidad respecto de aspectos tales como la temporalidad o la intangibilidad que, como hemos señalado, son cualidades de todo tipo de norma convencional (y no sólo de todo convenio), es evidente que la extensión de su eficacia personal habría exigido la determinación de un contenido mínimo u obligatorio<sup>270</sup>. No en vano, la generalización de los efectos presupone una cierta "calidad" del convenio extendible y, en consecuencia, debe hacerse sobre la base de una mínima rigurosidad a la hora de regular los distintos contenidos negociales, y ello, tanto desde el punto de vista cuantitativo (número de materias),

---

<sup>269</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("Contenido negocial...cit.", p. 96-97), en relación con los acuerdos de empresa, este tipo de instrumentos "de naturaleza y eficacia debilitadas" están "pensados quizás como auxiliares de la negociación colectiva más formalizada e introducidos para procurar esa adaptabilidad o flexibilidad de los contenidos de la negociación". De este modo, es previsible que jueguen un papel destacado en el proceso de "apropiación" competencial por parte de la negociación colectiva abierto tras la reforma, dentro, claro está, de esa decidida línea de política legislativa dirigida al fomento de "su dimensión de adaptabilidad y flexibilidad, de la que los acuerdos de empresa parecen ser, a juicio del legislador, la expresión más acabada" (art. ult. cit., p. 98 y 101).

<sup>270</sup> Destacando la tipicidad objetiva de la intervención legislativa en esta materia, ALONSO OLEA, "Introducción...cit.", p. 21.

como cualitativo (tipo de materias)<sup>271</sup>.

Nada de ello puede extraerse de la regulación estatutaria. La genérica enumeración de contenidos posibles efectuada en los artículos 82.2 y 85.1 ET<sup>272</sup>, es completada por la referencia a un hipotético "contenido mínimo" contemplada en el siguiente punto de este último precepto. Como ha sido señalado por la doctrina<sup>273</sup>, dicha alusión es meramente nominal, pues la relación de materias que allí se recogen constituirían (salvo excepciones) más bien una especie de "contenido ritual" de todo convenio. La introducción por la reforma de la llamada "cláusula de

---

<sup>271</sup> Con esta finalidad, en algunos ordenamientos comparados, la generalización de la eficacia personal de los convenios se anuda al cumplimiento de una serie de garantías materiales, concretadas, fundamentalmente, en la exigencia de un contenido mínimo u obligatorio que necesariamente debe cumplir un convenio para ser susceptible de extensión. Una previsión de este tipo la encontramos, por ejemplo, en el ordenamiento francés, donde el art. L. 133-5 CT efectúa una prolija enumeración de materias convencionales cuya finalidad no es otra que la de garantizar una determinada "calidad" al convenio al que se le van a otorgar esos cualificados efectos. Sin perjuicio de ello, a modo orientativo y sin pretensiones de exhaustividad, el art. 133-7 CT establece una especie de contenido posible o facultativo (v. sobre el tema, CHALARON, art. cit., p. 17-18).

<sup>272</sup> Una valoración positiva del modo en que se ha llevado a cabo esta enumeración de contenidos en, MARTÍN VALVERDE, "Espacio y límites...cit., p. 60-61). Para este autor, sin embargo, a pesar de que "la fórmula legal es bien elocuente del criterio extensivo, y por decirlo así <<generoso>>, que ha guiado al legislador español en la definición de las materias que pueden ser objeto del convenio", se hace necesario "utilizar determinados conceptos doctrinales que permitan delimitar sus contornos con mayor precisión". De este modo, pueden distinguirse cuatro "áreas distintas: 1) Las condiciones de trabajo o de empleo (...) 2) Las relaciones colectivas de trabajo (...) 3) La organización del trabajo (...) 4) La protección social complementaria" (ib.). En parecidos términos, DURÁN LÓPEZ, "El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales" en Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, cit., p. 524 ss. Sobre la recepción de estas materias por la inmediata práctica negociada, v. CRUZ VILLALÓN/GARCÍA MURCIA: "La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)", RPS-137/83, p. 445 ss. Especialmente significativa (y problemática) ha sido la interacción entre normativa legal y convencional en materia de derechos colectivos (así, ). Por otro lado, la no mención del área asistencial en la nueva formulación del precepto parece ratificar la inadecuación de esta materia para ser objeto de regulación convencional (v., al respecto, GALLARDO MOYA, "Las mejoras complementarias del Sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva, RL-23/91; p. 8 ss.), cuestión ya suscitada doctrinalmente (MARTÍN VALVERDE, art. ult cit., p. 62 ). Para algunos autores, además, este hecho no supone un olvido del legislador sino que, por el contrario, forma parte de una clara política legislativa (con manifestaciones en los nuevos arts. 82.4 y 86.4 ET) tendente a la eliminación de todo vestigio asistencial en la negociación colectiva presente y futura (así, HUERTAS BARTOLOMÉ, "La reforma institucional de la negociación colectiva" en, La reforma del mercado de trabajo, LEX NOVA-VALLADOLID, 1994, p. 594 ss.).

<sup>273</sup> Por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 342.

descuelgue", con independiencia de las diversas repercusiones que proyecta sobre el conjunto del sistema negocial, no es más que un nuevo elemento que viene a acentuar la disfuncionalidad del mencionado precepto.

En conclusión, si es cierto que el convenio colectivo de eficacia general, como subtipo cualificado, hubiera exigido un reforzamiento de las garantías materiales anudadas al mismo<sup>274</sup>, lo que hubiera justificado la existencia al efecto de una serie de normas sobre la producción jurídica, no se puede afirmar que las normas estatutarias contempladas cumplan dicha función. Por el contrario, alguno de los supuestos incluidos dentro de ese presunto contenido mínimo (en todo caso, obligatorio), al suponer una limitación a la libertad de negociación carente de justificación, no sólo serían disfuncionales sino claramente inconstitucionales. Por su entidad, el problema de la inclusión de las cláusulas de descuelgue salarial dentro del contenido obligatorio merece una atención particularizada.

#### **2.2.1.2.2.2.- La intangibilidad del convenio y el "descuelgue" salarial.**

##### **a) La intangibilidad como presupuesto de normatividad.**

Como hemos señalado, a pesar de la intrínseca flexibilidad del convenio como instrumento de ordenación de las relaciones de trabajo, precisamente este carácter normativo exige que no se pueda prescindir de unos

---

<sup>274</sup> A pesar de la limitación de la genérica "libertad de contratación" que ello hubiera supuesto.

determinados rasgos de estabilidad. Entre ellos, la intangibilidad de su contenido durante el tiempo de su vigencia constituye un elemento fundamental. La intangibilidad, al concretarse en el respeto por todos de los términos en que ha sido compuesto el conflicto de intereses entre las partes, se conecta directamente con el carácter vinculante que se predica de (y se exige a) toda norma convencional. En definitiva, la normatividad del convenio colectivo depende de la intangibilidad de su contenido, pues sólo asegurando ésta se garantiza la funcionalidad de aquél como instrumento regulador.

El papel del legislador al respecto no ofrece lugar a dudas. Una de los aspectos en los que necesariamente se debe concretar el mandato garantizador que recibe de la CE tiene que ser, sin duda, el de la intangibilidad del contenido convencional<sup>275</sup>. De ahí la comprensible atención que ha tenido este tema en nuestro derecho positivo. Entre los "mecanismos institucionales de estabilización"<sup>276</sup> previstos por el legislador destaca, principalmente, la regla contenida en el primer párrafo del artículo 82.3 ET, que no es otra cosa que la aplicación al contenido convencional de la clásica regla pacta sunt servanda (atenuada por la correlativa rebus sic stantibus<sup>277</sup>). Asimismo, la misma función cumplen, además del ya aludido deber de negociar (artículo 89.1 ET), tanto la prohibición de concurrencia del artículo 84 ET, como el deber de paz relativo impuesto por

---

<sup>275</sup> Y ello con independencia del tipo de norma convencional de que se trate (v. infra, 2.3).

<sup>276</sup> MARTÍN VALVERDE, "Estructura y proceso...cit., p. 25.

<sup>277</sup> Según lo ha corroborado la STC 11/1981 de 8 de abril (sobre el tema, MARTÍN VALVERDE, "Estructura...cit., p. 26).

el artículo 11.c RDLRT<sup>278</sup>. Por último, resultado de la tensión dialéctica entre intangibilidad y temporalidad inmanente a la norma convencional, nos encontramos con otras dos reglas estabilizadoras<sup>279</sup>: las contenidas en el artículo 86.2 ET, relativa a la prórroga anual del convenio, y en el 86.3 ET, sobre la ultraactividad de su contenido normativo.

Pues bien, todas las normas estatutarias señaladas se han visto alteradas, en mayor o menor medida, por las últimas reformas. Consecuencia obligada de esta modificación de los mecanismos institucionales de estabilización es su repercusión sobre la intangibilidad del convenio colectivo. En líneas generales, una valoración de las modificaciones introducidas lleva a la inevitable conclusión de que la finalidad del legislador reformista ha sido la de relativizar dicha intangibilidad. Con independencia de otro tipo de consideraciones que puedan hacerse, lo que aquí nos interesa son las consecuencias que de este hecho puedan extraerse desde la perspectiva de la vinculabilidad de la norma convencional. El enjuiciamiento crítico que de la labor legislativa deba hacerse no debe obviar el dato irrefutable de que esa vinculabilidad constituye la conditio sine qua non de la funcionalidad de la norma colectiva y, precisamente por ello, se establece constitucionalmente el mandato garantista dirigido al legislador.

Sin perjuicio del examen particularizado de estas modificaciones en su momento, nos detendremos ahora en la innovación que presenta mayores repercusiones sobre la

---

<sup>278</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, La dimensión temporal del convenio colectivo (inédito), 1986, p. 313. En el último caso el matiz de la relatividad está íntimamente conectado al contenido, pues, como se sabe, la licitud de la huelga tiene como presupuesto fundamental la falta de identidad material entre lo acordado y lo reivindicado.

<sup>279</sup> La finalidad de estas reglas, sin embargo, no es directamente la protección del contenido del convenio sino, más bien, evitar vacíos normativos. En todo caso, indirectamente, suponen ampliar aquella protección más allá de lo inicialmente previsto.



intangibilidad del convenio. Se trata, sin duda, de las cláusulas de descuelgue que se configuran como una importante excepción a la aludida intangibilidad, precisamente, en relación con una materia, como la salarial, tan genuinamente convencional.

**b) El "descuelgue" como excepción legal a la normatividad del convenio colectivo.**

Aparte de las diversas consideraciones que puedan hacerse en relación con sus efectos<sup>280</sup>, la técnica de descuelgue salarial legalmente prevista supone, fundamentalmente, un ataque frontal a la intangibilidad del convenio<sup>281</sup>. Su conexión con otras técnicas similares<sup>282</sup> permiten deducir que su diseño no es otra cosa que una manifestación concreta de una línea general de política legislativa que, confesadamente dirigida a la búsqueda de mayores niveles de flexibilidad, ha pretendido incidir no sólo sobre el sistema de fuentes del derecho del trabajo (reordenando las relaciones entre las distintas fuentes en sede aplicativa, a tenor de la reforma sufrida por el Título I), sino también, sobre la estructura interna de su principal

---

<sup>280</sup> Principalmente, de sus repercusiones sobre la estructura de la negociación colectiva (sobre el tema, BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 125).

<sup>281</sup> Su inclusión, no sólo en el artículo 85.2 (contenido mínimo), sino también el 82.3 ET, no deja de ser significativa, si tenemos en cuenta que es en este precepto donde la intangibilidad encuentra su más precisa consagración legal (así, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 345).

<sup>282</sup> Señaladamente, los "descuelgues" materiales previstos en art. 41 ET. Destacando esta conexión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit. p. 105); BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 121 ss. Sin duda uno de los principales puntos de conexión es la utilización del mismo mecanismo para concretar los términos del descuelgue: el acuerdo de empresa (v. infra). Para este autor, a pesar de que en el supuesto previsto en el art. 41 ET se prescinde de la intervención de la negociación colectiva para la determinación de la concurrencia de las circunstancias habilitantes del descuelgue, también aquí el acuerdo es ineludible, ya que "de no haberse hecho así, tanto en uno como en otro caso, se habría, formalmente aceptado la posibilidad de introducción de la voluntad unilateral del empresario como instrumento de regulación colectiva de condiciones de trabajo" (p. 123-124).

instrumento normativo<sup>283</sup> (es decir, ya en el plano creativo).

En efecto, lo realmente importante no ha sido la introducción legislativa de la posibilidad del descuelgue, pues se trata de un mecanismo que ya contaba con precedentes en la práctica negocial de nuestro país<sup>284</sup> y, en todo caso, constituye una opción más en manos de los sujetos colectivos para la ordenación de la estructura de la negociación colectiva. Lo verdaderamente trascendente es la forma en que se ha llevado a cabo dicha introducción: no como contenido posible sino como contenido obligatorio<sup>285</sup>. Es decir, como si la funcionalidad normativa del convenio colectivo de eficacia general dependiera de la inclusión o no de estas cláusulas<sup>286</sup>.

No parece, sin embargo, que quepa entender decisivo el aporte de este tipo de cláusulas a la estructura tipológica de la norma convencional. Por el contrario, la fuerza vinculante del convenio es la que puede quedar resentida de forma directa por la incorporación imperativa de este mecanismo al proceso mismo de creación normativa. Como

---

<sup>283</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit., p. 103. Como señala esta autora, ello produce, con estas previsiones legales, El convenio colectivo, "resulta quebrantado en su unidad interna", produciéndose "una ruptura sensible de la ecuación legitimación-disponibilidad sobre lo pactado" (ib., p. 97). En definitiva, la intangibilidad del convenio queda desvirtuada, en la medida en que "el carácter hegemónico y potencialmente exclusivo del acuerdo durante su vigencia (cuyo exponene máximo era la eficacia general) queda desmentido desde el momento en que colectivos de sujetos destinatarios pueden ser excluidos del ámbito de aplicación a través de fórmulas diversas en su morfología pero semejantes en el resultado" (ib., p. 104).

<sup>284</sup> Sobre todo en la etapa de la concertación social (v. BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 103 ss.

<sup>285</sup> Sobre los aspectos concretos en los que se deberá desglosar necesariamente la previsión convencional v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 347.

<sup>286</sup> Como señala BAYLOS GRAU ("Cláusulas...cit., p. 124), para el cual el "juicio de valor" que merece esta innovación legal es "muy negativo", "se normaliza lo que no puede ser considerado sino excepcional, y se inserta imperativamente por la ley al margen de los intereses de las partes o del equilibrio de la relaciones contractuales, como si se tratara de una prescripción de orden público laboral".

ocurría con las reglas de legitimación negocial, esa imperatividad hubiera tenido sentido respecto del establecimiento de un contenido mínimo. En ambos casos, la cualificación otorgada al tipo convencional estatutario, hubiera justificado tal limitación. Sin embargo, no se aprecia dicha justificación en relación con la exigencia imperativa de incluir las cláusulas de descuelgue en el contenido del convenio, sustrayendo esa decisión a la libre apreciación de las partes. De este modo, se hace del convenio colectivo una norma "imperativamente disponible"<sup>287</sup>, introduciendo este rasgo en su propia estructura normativa, lo que puede ir en detrimento de su propia función reguladora<sup>288</sup> dentro del sistema jurídico-laboral<sup>289</sup>.

El sometimiento de la actuación legal al modelo constitucional de negociación colectiva nos obliga a matizar el alcance de la mencionada previsión estatutaria y, paralelamente, a concederle mayor relieve a la alternativa prevista en el artículo 82.3 ET. En efecto, cumpliendo el mismo objetivo, esta solución se muestra más acorde con el respeto que merece el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, toda vez que remite a los sujetos negociadores la decisión de instaurar el mecanismo de descuelgue. El protagonismo otorgado en este proceso alternativo a un instrumento colectivo como el acuerdo de

---

<sup>287</sup> Como se deduce de la exhaustividad (desorientadora por insólita) con la que se configura en el ET la mencionada cláusula. En primer lugar se prevé dentro del llamado "contenido mínimo" (85.2.c ET) y, para evitar los retrasos en su incorporación a los convenios que pudieran provenir de situaciones de derecho transitorio, se vuelve a regular como excepción a la (hasta ahora, indiscutible) intangibilidad del convenio, abriendo diversos cauces para complementar su contenido con esta cláusula (art. 82.3, párr. 2 y 3, ET). Destacando este hecho, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 349.

<sup>288</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit.", p. 104; BAYLOS GRAU, art. ult. cit., p. 124-125.

<sup>289</sup> Como lúcidamente señalaba BAYÓN CHACÓN ("La evolución histórica...cit.", p. 40), "si el convenio colectivo no vale como elemento de redistribución de la riqueza, entonces no es un instrumento jurídico socialmente útil y no vale la pena, ni siquiera es digno, implicar en su elaboración a los trabajadores para que se logre sólo una consolidación normativa de la superioridad económica de los empresarios".

empresa, si bien obliga a precisar cuestiones tan importantes como su naturaleza y eficacia<sup>290</sup>, es un argumento añadido para que, confiriendo un mayor papel al juego de esta alternativa, se pudiera eludir el, de otro modo, inevitable reproche de constitucionalidad<sup>291</sup>.

#### 2.2.1.2.2.3.- La temporalidad del convenio colectivo y el contenido convencional.

La temporalidad constituye un elemento consustancial al convenio colectivo<sup>292</sup> confiriéndole, sin

---

<sup>290</sup> V. infra, 2.3.

<sup>291</sup> Ello no obstante, a favor de la disponibilidad colectiva (si bien "provisionalmente") del mandato contenido en el art. 85.2.c ET se muestra BAYLOS GRAU, "Claúsulas...cit.", p. 113. Para este autor, valoradas las circunstancias concurrentes por las partes, éstas pueden decidir la innecesariedad de la inclusión, lo que no es más que "una manifestación del acuerdo conjunto de voluntades colectivas cuya autonomía constituye el eje del sistema de relaciones laborales". En consecuencia, "esa autonomía colectiva es la que genera normas obligatorias de alcance general en el ámbito de aplicación correspondiente, y no parece que pueda hacerse valer contra dicho acuerdo expreso una prescripción que implanta una excepción a la fuerza vinculante del convenio" (p. 113). En contra de esta posibilidad, habida cuenta de las pocas dudas que ofrece el mandato imperativo recogido en los mencionados preceptos, se decanta GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 348. Como señala este autor, "dejar en libertad a las partes para aceptar o no la inaplicación del régimen salarial hasta el extremo de permitirles no fijar ni siquiera un procedimiento, aun restrictivo, para que ello pueda tener lugar, haría inútiles ambas referencias normativas" (ib.). Por ello, a pesar que se susciten "muchas dudas" acerca de la "corrección constitucional" de estos preceptos, el hecho de que todo el proceso de descuelgue quede en manos de los propios sujetos colectivos, matizaría la clara inconstitucionalidad que se deduce en una primera aproximación (ib., p. 351). Por ello, en última instancia, será el juez el que, llegado el momento, deberá proceder, mediante las oportunas operaciones hermenéuticas, a la integración, en los términos apuntados, de los preceptos en nuestro orden constitucional, lo que pasa por otorgar el papel que le corresponde en el mismo a la autonomía colectiva. En todo caso, parece que no sería constitucionalmente admisible, que a un convenio negociado con un nivel representativo garantizado por el cumplimiento de los requisitos de legitimación previstos por el ET, se le negase la eficacia personal general por no incluir en su contenido este tipo de cláusulas. No sería posible, por tanto, que la autoridad laboral se negase a su registro y depósito (en contra, RIVERO LAMAS, "Estructura...cit.", p. 48 y 49).

<sup>292</sup> Tanto es así, que, aunque parezca paradójico, su propia estabilidad o intangibilidad depende de que se garantice su temporalidad. Como afirma GONZÁLEZ ORTEGA (La dimensión temporal...cit., p. 76), "el tiempo así no es sólo límite de vigencia sino también garantía de un mínimo de duración, el que las partes consideran, en el momento de negociar el convenio, que es el necesario para que éste pueda alcanzar sus objetivos y propiciar la satisfacción de los intereses que las partes mismas han puesto en juego al negociarlo". De este modo, como apunta RODRÍGUEZ-PIÑERO ("La aplicación en el tiempo del convenio colectivo, RL

duda, uno de sus rasgos más genuinos como fuente del derecho<sup>293</sup>. De este modo, se puede decir que la función que lo define como norma es, precisamente, su especial ductibilidad<sup>294</sup> para afrontar las exigencias coyunturales de la variable realidad socioeconómica<sup>295</sup>.

Este carácter de "norma constitutivamente temporal"<sup>296</sup>, con indudables repercusiones sobre el contenido convencional, no podía pasar desapercibido para el legislador estatutario y, por ello, encuentra su refrendo en el sistema de normas sobre la creación jurídica allí contemplado<sup>297</sup>. En buena

---

86(II), p. 20 ss.), "la idea de la temporalidad" se incorpora "como elemento interno de la propia norma colectiva, que proyecta de manera limitada su eficacia hacia el futuro, carece de vocación de permanencia y ciñe su eficacia a espacios temporales limitados" (p. 21). En conclusión, "la temporalidad de la norma colectiva vendría determinada por los objetivos y por la función encomendada, pues la norma colectiva se crea para regular temporalmente determinados supuestos y por eso es una exigencia lógica de la misma su duración temporal" (ib.). En parecidos términos, MARTÍN CORREA, "Sucesión de convenios...cit., p. 43. Para este autor, "un convenio colectivo que se autoerigiera en norma inderogable, perpetua, vendría a negar la naturaleza de las cosas, porque de ser el instrumento de mejora de las condiciones de trabajo, o el cauce de reivindicaciones pacíficamente ejercitadas y dirimidas, se vería convertido en el más absurdo e irracional de los obstáculos a su finalidad misma" (ib.).

<sup>293</sup> En este sentido, siendo reflejo directo de "la dinamicidad de la negociación colectiva", dentro de cuyo proceso supone una mera y puntual concreción (GONZÁLEZ ORTEGA, La dimensión temporal...cit., p. 5 y 72), se va a caracterizar necesariamente por ser una "fuente de flujo continuo" (MARTÍN VALVERDE, "Espacio y límites...cit., p. 58).

<sup>294</sup> De este modo, la adaptabilidad o flexibilidad constituye, sin duda, "uno de los valores normativos de la negociación colectiva" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit., p. 113). Más en profundidad, sobre las razones que fundamentan la consustancial temporalidad del convenio, v., del mismo autor, La dimensión...cit., p. 40 ss.

<sup>295</sup> Como señala MARTÍN VALVERDE ("Estructura y proceso...cit., p. 24), "la negociación suele estar estrechamente ligada a la coyuntura de los mercados de productos o de trabajo, por lo que o bien se adopta por tiempo determinado, o bien está abierta a revisión futura". Sin embargo, eso no quiere decir "que sea absolutamente necesario descubrir vinculaciones rigurosas entre la coyuntura y el contenido de las relaciones industriales", ya que "la coyuntura no es más que una variable entre otras en el interior de un sistema de relaciones industriales, y no es posible explicarlo todo partiendo únicamente de ella" (CARRIER, op. cit., p. 113).

<sup>296</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit., p. 105.

<sup>297</sup> Siguiendo a GONZÁLEZ ORTEGA ("Contenido negocial...cit., p. 105), la sistematización de dicha regulación podría ser la siguiente: "a) la propia fijación de la duración, eventualmente distinta para cada materia o grupo de materias homogéneas (art. 86.1); b) la forma y condiciones de la denuncia del convenio así como el plazo de preaviso para dicha denuncia (art. 85.2.d) (...); c) la previsión de las prórrogas y de su duración en el caso de que el convenio no fuera denunciado (art. 86.2); d) el alcance y duración de la prórroga excepcional, en el supuesto de que el convenio hubiera sido denunciado (art.

lógica, la función al respecto de la ley no puede ser otra que la de, sin bloquear ni entorpecer la sucesión de convenios, garantizar la inexistencia de vacíos normativos<sup>298</sup>. Es evidente que, en materia de sucesión normativa, la tensión dialéctica entre temporalidad e intangibilidad antes aludida, debe resolverse en favor de la primera. De este modo, la protección legal de la intangibilidad del contenido normativo se debe reducir al mínimo so pena de acabar desvirtuando la propia funcionalidad de la norma convencional, encontrando su única justificación en la garantía de una solución de continuidad en los supuestos de revisión de la misma<sup>299</sup>.

Este ha sido el objetivo de la regulación estatutaria al efecto (arts. 82.4 y 86 ET), viniendo la reforma, mediante la incorporación de pautas interpretativas consolidadas, a clarificar más aún los contornos de las reglas establecidas. El estudio de estas reglas desde la perspectiva de las fuentes del derecho, se puede desglosar, fundamentalmente, en dos aspectos<sup>300</sup>. En primer lugar, debe centrarse en el

---

86.3); e) la solución de conflictos de intereses en torno al contenido del futuro convenio, y f) la regulación de los motivos para una posible finalización anticipada de la vigencia" (con más detalle, v. del mismo autor, La dimensión temporal... cit., p. 88 ss.). Por ello, si a tenor de los arts. 85.2.b y 86.1 ET, pudiera parecer que se establece una regulación bastante "liberal" de esta materia "un análisis más detenido permite observar que hay un notable margen de intervencionismo" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La aplicación..." cit., p. 23), hasta el punto de que algunas normas serían claramente superfluas (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "Vigencia de los Convenios colectivos de trabajo", en Comentarios a las leyes laborales (T. XII- V. 2º). El Estatuto de los Trabajadores. Los Convenios colectivos de trabajo: Puntos críticos, EDESA-MADRID, 1995 (2ª Ed.); p. 131 ss., esp. p. 138). Sobre el reflejo práctico de algunas de las previsiones legales al respecto, v. MERINO SENOVIALLA/ROMÁN DE LA TORRE: "La vigencia de los convenios colectivos", RL-87(I), p. 766 ss.

<sup>298</sup> Sin embargo, este equilibrio no siempre se ha podido mantener, como demuestran las distorsiones que la regulación estatutaria proyecta sobre la práctica negocial (v., al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La aplicación..." cit., p. 23-24).

<sup>299</sup> Ello es debido a que la regulación convencional, a pesar de todo, "se dirige a relaciones de trabajo permanentes" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La aplicación..." cit., p. 21).

<sup>300</sup> Y ello sin perjuicio del carácter polidimensional del estudio de la temporalidad del convenio colectivo, ya que este dato "constituye un hilo conductor que atraviesa transversalmente todos y cada uno de sus aspectos y toca, prácticamente, todas las cuestiones que con el convenio se relacionan" (GONZÁLEZ

estudio de los principios que rigen la sucesión de convenios en tanto que normas jurídicas, así como los efectos que, de los cambios de contenido convencional, se pueden derivar para las relaciones individuales sometidas a su ámbito de aplicación. En segundo lugar, habrá que valorar el alcance, siempre limitado, de las previsiones legales que se dirigen a prorrogar los efectos del convenio más allá de su vigencia pactada.

**a) Sucesión de convenios y principio de irretroactividad.**

De los dos preceptos que en la actualidad se refieren a la sucesión de convenios colectivos (artículos 82.4 y 86.4 ET<sup>301</sup>), llama la atención el énfasis con el que se quiere resaltar el establecimiento del principio de modernidad<sup>302</sup>, como indiscutible principio rector del cambio normativo<sup>303</sup>. Tanto es así, que, a fuerza de buscar una interpretación que eluda la aparente reiteración legislativa, se ha entendido que ambos preceptos son complementarios en el cumplimiento de un objetivo común: la liquidación de todo vestigio normativo que, en el plano de los efectos, pudiera provenir del convenio derogado.

No se trata de cuestionar el alcance innovatorio del nuevo convenio y de las limitaciones que pudiera introducir a una eventual proyección del contenido normativo del

---

ORTEGA, La dimensión temporal..., cit., p. 21).

<sup>301</sup> Destacando la "conexión terminológica y funcional" entre ambos preceptos, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit., p. 115.

<sup>302</sup> También llamado principio de "orden normativo" (RIVERO LAMAS, "Estructura...cit., p. 50).

<sup>303</sup> El uso del adverbio "integralmente" (art. 82.4 ET) o de la expresión "en su integridad" (art. 86.4 ET), para referirse al modo en el que el contenido del convenio posterior puede disponer del anterior, es elocuente al respecto.

anterior, pues ello se deduce directamente de la propia sucesión y es, en consecuencia, indiscutible<sup>304</sup>. Para no hacer superflua la existencia de ambas normas habría que presumirles un mayor alcance: se refierían, entonces, a la disponibilidad del nuevo convenio de posiciones jurídicas individuales, no sólo las generadas y perfeccionadas durante la vigencia del convenio anterior (artículo 82.4 ET), sino también las ya causadas o consolidadas en ese período, pero cuyo disfrute se proyecta pro futuro<sup>305</sup> (artículo 86.4 ET)<sup>306</sup>.

A pesar del énfasis legal, hay que evitar caer en exgaraciones interpretativas que desconozcan los límites generales impuestos por el ordenamiento jurídico a la sucesión normativa<sup>307</sup>. Nos estamos refiriendo, indudablemente, a los principios de irretroactividad y de seguridad jurídica contemplados en el artículo 9.3 CE<sup>308</sup>. El primero, especialmente relevante frente a normas restrictivas de derechos individuales, obliga a efectuar operaciones hermenéuticas más ponderadas y acordes con las garantías

---

<sup>304</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA (*La dimensión temporal...*cit., p. 136), la aplicación del nuevo convenio a las relaciones individuales en curso se trata de un "problema absolutamente consustancial a toda innovación normativa que modifica, por su propia nueva existencia, el sistema de fuentes aplicable hasta el momento de su surgimiento". Es la llamada genéricamente "retroactividad de grado mínimo o atenuada", que no es otra cosa que "la manifestación más obvia de la mera aplicación inmediata de la nueva norma" (op. cit., p. 137).

<sup>305</sup> Singularmente es el caso de las prestaciones complementarias de tracto continuado o sucesivo (sobre el tema, v. GALLARDO MOYA, art. cit., p. 21).

<sup>306</sup> En este sentido, RIVERO LAMAS, "Estructura..."cit., p. 52.

<sup>307</sup> Resaltando esta precaución metodológica, GONZÁLEZ ORTEGA, *La dimensión...*cit., p. 17-18. Como señala este autor, la singularidad tipológica del convenio como norma no debe ser obstáculo para la aplicación de las normas generales que disciplinan "la producción normativa y determinan su alcance y efectos; porque es partiendo de ellas como mejor podrán apreciarse las peculiaridades que afectan al convenio colectivo" (ib.).

<sup>308</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, *La dimensión...*cit., p. 138. RIVERO LAMAS ("Estructura..."cit., p. 52), sin embargo, niega la aplicación de este precepto, pues "el tema regulado no afecta (...) a la sucesión de normas y a la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos", reconociendo, no obstante, que si así fuere "limitaría el alcance de esta regla nueva del artículo 82.4".



establecidas en nuestro sistema jurídico<sup>309</sup>.

La coyunturalidad como nota definidora del convenio colectivo no puede tener un alcance tan ilimitado que desconozca todo reducto, aunque sea mínimo, de intangibilidad<sup>310</sup>. Si el principio de irretroactividad impone el reconocimiento de este reducto en todo proceso de sucesión normativa, no hay razón para tratar de forma diferente al convenio. Sería poco justificable que la ley, norma de superior rango, debiera observar unos límites en sus efectos que, por el contrario, no se imponen a la norma convencional. El convenio, como norma jurídica, no puede sustraerse a esos límites sin negarse a sí mismo tal condición.

En efecto, lejos de suponer una muestra del alcance de la fuerza normativa del convenio, significaría, por el contrario una clara prueba de su debilidad, ya que la disponibilidad del poder normativo colectivo no se ejerce sobre otro poder, sino sobre sí mismo. La disposición absoluta de un convenio sobre otro convenio, supondría, por tanto, la degradación normativa de esta figura. Para el

---

<sup>309</sup> En este sentido, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit., p. 116-117. Para este autor, a pesar de que el juego combinado de ambos preceptos pueda ampliar el alcance de la disponibilidad del convenio sobre los derechos individuales de origen colectivo, es evidente que, en todo caso, tal disposición "sólo puede afectar a los trabajadores que continúen estando sometidos a la norma colectiva". Desde luego, quedarían excluidos aquellos supuestos en que se tratara de "derechos de los que son titulares personas han dejado de ser trabajadores (el caso prototípico de las prestaciones complementarias de Seguridad Social), la negociación colectiva sucesiva, que no los representa ya, difícilmente puede disponer de tales derechos; sobre todo cuando ni siquiera a nivel teórico, esas personas se benefician de la nueva regulación, que podrá ser mejor con carácter general o, cuando menos, aunque peyorativa, expresiva de un interés general que ya no comparten" (p. 117). Asimismo, en relación con el paradigmático ejemplo de las mejoras complementarias, la propia naturaleza del derecho se reafirma claramente incompatible con los cambios posteriores de régimen jurídico, lo que ha cristalizado en la normativa específica (en este sentido, trayendo a colación al art. 182 LGSS, GALLARDO MOYA, art. cit., p. 22-23). Sin embargo, en contra de esta posibilidad, RIVERO LAMAS ("Estructura...cit., p. 53) que, interpretando en clave maximalista el alcance del art. 82.4 ET, concluye afirmando la posibilidad de "suprimir fondos sociales y complementos de prestaciones de seguridad social reconocidos a trabajadores activos o jubilados por los nuevos convenios, así como, en general, derechos adquiridos al amparo de anteriores convenios".

<sup>310</sup> Y ello, a pesar de que el contenido del convenio "condicionado por esa temporalidad, está genéticamente adaptado a la misma" (GONZÁLEZ ORTEGA, La dimensión...cit., p. 27).

destinatario de la norma convencional, ante imposibilidad de invocar el principio de irretroactividad (sobre todo en supuestos de restricción de derechos), se le habría negado un mínimo de seguridad jurídica. En definitiva, la dicotomía temporalidad/intangibilidad, siendo consustancial a su naturaleza jurídica, no puede resolverse eliminando esta última. Antes al contrario, debe mantenerse necesariamente para la identificación del convenio como tipo normativo específico.

**b) La ultraactividad del contenido normativo.**

La tensión dialéctica entre intangibilidad y temporalidad del contenido del convenio se resuelve, en el artículo 86 ET, a favor de la primera nota<sup>311</sup>. En efecto, proclamada la libertad de las partes para la fijación del alcance temporal del convenio, permitiéndose, incluso, una diversificación por materias (art. 86.1 ET), el legislador trata de evitar, no obstante, la existencia de los vacíos normativos que, eventualmente, pudieran producirse en los procesos de revisión convencional<sup>312</sup>. Para ello, en primer lugar, supedita la pérdida de vigencia en la duración pactada a la existencia de "denuncia expresa de las partes" (86.2 ET)<sup>313</sup>, ya que en caso contrario se produciría una prórroga automática del contenido convencional por períodos sucesivos

---

<sup>311</sup> Sobre el significado de esta "norma sobre la producción jurídica", v. GONZÁLEZ ORTEGA, La dimensión...cit., p. 39 ss.

<sup>312</sup> Sin que ello signifique perder de vista la ineludible naturaleza temporal de la norma colectiva y, en consecuencia, el carácter excepcional de "la prolongación de su vigencia", al tratarse de "una circunstancia contradictoria con dicha naturaleza" (GONZÁLEZ ORTEGA, La dimensión...cit., p. 27).

<sup>313</sup> Sobre el significado y régimen jurídico de la denuncia, v. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en Comentarios a las leyes laborales, cit., p. 151 ss.

de un año<sup>314</sup>. Y, en segundo lugar, incluso mediando la denuncia, el legislador, movido por la necesidad de garantizar una solución de continuidad reguadora, cubre el interim negociador<sup>315</sup> mediante la extensión de la vigencia pactada del contenido normativo (no obligacional) del convenio denunciado "hasta tanto no se logre acuerdo expreso" (art. 86.3 ET)<sup>316</sup>.

Las últimas reformas legislativas han incidido sobre este último precepto aumentando la disponibilidad de la negociación colectiva sobre la materia<sup>317</sup>. Por un lado, ha venido a consolidar el protagonismo de los sujetos colectivos en la determinación de los términos en que se produce la prórroga<sup>318</sup>, sin que ello, signifique, en ningún caso, que

---

<sup>314</sup> Sobre la excesiva rigidez de la regulación estatutaria de la exigencia de preaviso, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La aplicación...cit., p. 25.

<sup>315</sup> Como destaca MARTÍN VALVERDE ("Régimen...cit., p. 45), en el mencionado precepto se refleja la preocupación del legislador "por el vacío normativo en las relaciones de trabajo, y las consecuencias de conflictividad que tal vacío podría generar".

<sup>316</sup> Una valoración negativa de esta "continuidad" de la intangibilidad convencional en, RIVERO LAMAS, "Estructura...cit., p. 41. Ello puede deberse a que esta norma "además de una función de estabilidad normativa y pacificación social, suele cumplir un papel de favorecimiento a los trabajadores y a sus representaciones profesionales, pues les permite abordar la renovación de los convenios con la garantía de que las condiciones establecidas en las anteriores negociaciones se mantienen como punto de partida" (MARTÍN VALVERDE, "Régimen...cit., p. 45). El problema es que la solución legal adoptada "podría suponer la perpetuidad del acto colectivo en contra de su esencia, que hemos dicho temporal" (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La aplicación...cit., p. 25). Sobre los problemas que suscita la literalidad del precepto, v., entre otros, VALDÉS DAL-RE, "Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos", AL-27/86, p. 1369 ss. RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO, "Alcance de la vigencia del convenio denunciado (ex art. 86.3 del ET)", AL-16/87, p. 849 ss.; GARCÍA-PERROTE, "Aplicación del contenido normativo del convenio colectivo denunciado y la doctrina de la <<prolongación ajustada y razonable>>: un criterio a superar", RL-88 (II), p. 515 ss.

<sup>317</sup> Algo que ya había sido calificado de necesario, para evitar las distorsiones de la rigidez legal, por parte de la doctrina (por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La aplicación...cit., p. 26). Para un sector doctrinal, esta disponibilidad colectiva alcanza, incluso, a la alteración de la duración pactada (sobre el debate doctrinal y jurisprudencial al respecto, v. DE LA VILLA/GARCÍA-PERROTE, "La modificación del convenio colectivo durante su vigencia", AL-32/92, p. 555 ss.).

<sup>318</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("Contenido...cit., p. 108), la generalizada interpretación sobre el carácter imperativo del art. 86.3 ET. "no era una tesis indiscutible", pues había bastantes razones "para permitir que los sujetos negociadores dispusieran sobre la vigencia prorrogada", adaptándola a las exigencias concretas de cada ámbito negocial. En contra y, en consecuencia,

la norma legal se configure como absolutamente dispositiva. La ausencia de pacto al efecto, o bien, la inidoneidad de este pacto, provocará la prórroga del contenido normativo en los términos previstos en el convenio<sup>319</sup>.

Por otro lado, esta misma disponibilidad colectiva, ha aumentado la, ya de por sí, escasa relevancia práctica de la diferencia entre contenido normativo y contenido obligacional<sup>320</sup>. Si lo realmente importante de esta distinción es poner en evidencia la existencia de las diversas funciones del convenio<sup>321</sup>, la instrumentalidad de la función obligacional respecto de la normativa<sup>322</sup>, constituye razón suficiente para negar autonomía tipológica

---

magnificando la disponibilidad colectiva que ahora otorga el legislador reformista, RIVERO LAMAS ("Estructura...cit., p. 53).

<sup>319</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("Contenido negocial...cit., p. 110), "si las partes hacen un uso incompleto de la facultad de disponer de la prórroga del convenio, en el sentido de que no prevean alternativas reguladoras al mismo, habrá que considerar aplicable el último inciso del artículo 86.3". Es decir, "la falta de previsión de las partes hace que la regla de cierre no quede desplazada y que el pacto de disponibilidad sea finalmente ineficaz". En conclusión, "el mandato legal volverá a imponerse no por su carácter imperativo, del que carece ya, sino porque el pacto es incompleto y la intervención legal vendría a suplirlo, cumpliendo su actual papel subsidiario al mismo".

<sup>320</sup> Sobre el tema, v., en general, los trabajos contenidos en el volumen colectivo, El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional. II Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS-MADRID, 1990. Asimismo, GARCÍA MURCIA, "Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales", AL 23-24/88, p. 1289 ss.; GARCÍA-PERROTE, "Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos", DL-25/88 (II), p. 25 ss.

<sup>321</sup> Como señala VARDARO (Contrattazione collettiva...cit., p. 14-15), la procedencia de la distinción entre "parte obligatoria" y "parte normativa", se debe a "una hábil operación de corrección lingüística" de la doctrina alemana posterior a SINZHEIMER (señaladamente, HUECK/NIPPERDEY, op cit.). Para este autor, sin embargo, lo importante era resaltar las diversas funciones que desempeñaba el convenio, distinguiendo al efecto, además de la normativa y la obligacional la que denominaba "jurídico-social". Criticando esta "deformación" semántica, v., entre otros, KANH-FREUND, op. cit. (ib., n. 47).

<sup>322</sup> Como destaca SALA FRANCO ("Contenido de los convenios colectivos: parte contractual y parte normativa" en, Quince lecciones...cit., p. 351), "la parte obligatoria preetende garantizar la eficacia del convenio colectivo mediante la imposición de derechos y obligaciones a las partes contratantes. En el convenio colectivo es esencial el efecto normativo y secundario el efecto constitutivo u obligacional que actúa como medio o instrumento. Lo importante es generar efectos que incidan sobre las personas que no son partes en la negociación. El convenio no es más que un medio para lograr aquel fin".

a unas cláusulas frente a otras<sup>323</sup>: en tanto en cuanto el convenio es una norma jurídica, todo su contenido es normativo<sup>324</sup>, y ello con independencia de la función que cumplan cada una de sus cláusulas en aras de hacer efectiva esa normatividad<sup>325</sup>. El hecho de que algunas de éstas, las típicamente obligacionales cláusulas de paz<sup>326</sup>, no sean susceptibles de ser prorrogadas no es sino consecuencia natural de la función que desempeñan<sup>327</sup> dentro de la estructura de la norma colectiva. En todo caso, se confirma

---

<sup>323</sup> Sin embargo, para algún sector doctrinal (v., entre otros, MONTOYA MELGAR, "El contenido de los convenios colectivos" en, *El contenido...cit.*, p. 85 ss.) el alcance de la distinción es ciertamente trascendental: "responde a la necesidad de imputar a cada una de esas partes un régimen jurídico propio" (art. cit., p. 86). De este modo, "puede decirse que la parte normativa del convenio reclama para sí el tratamiento propio de toda norma; tratamiento que no tiene sentido extender a la parte meramente contractual del pacto" (ib.).

<sup>324</sup> Por ello, "la virtualidad jurídica y la propia intangibilidad de los acuerdos del convenio es predicable de todo su contenido y por todo el tiempo de su vigencia. La fuerza vinculante de los convenios de que habla el art. 37.1 de la Constitución cuenta también, por tanto, para la parte obligacional de los mismos" (MARTÍN VALVERDE, "Régimen...cit.", p. 47). En conclusión, no hay duda de que "el convenio en su conjunto y cada una de sus cláusulas, deben ser objeto de cumplimiento" (art. cit., p. 50), sin que la distinción operada por la LISOS sea reflejo de jerarquía alguna entre uno y otro tipo de cláusulas, sino, más bien, debe ser entendida "como la constatación de la exigencia por vía administrativa ha sido considerada por el legislador más factible o más adecuada en aquéllas que en éstas" (ib.). Por su parte, las últimas reformas del ET han venido a corroborar la falta de trascendencia de la distinción apuntada. En efecto, a pesar de que el art. 93 ET, por mimetismo con la LISOS, sólo se refiera a las "cláusulas normativas" a la hora de conceptualizar los preceptos susceptibles de ser objeto de infracción laboral, la tipificación de las mismas contenida en los arts. 94, 95 y 96 ET hacen que la mencionada previsión devenga retórica, toda vez que, entre ellas aparecen, indistintamente, cláusulas normativas junto a otra típicamente obligaciones (v. gr. arts. 95.7, 8 y 9; 96.5).

<sup>325</sup> Sobre el significado de la eficacia normativa del convenio, v. MARTÍN VALVERDE, "Régimen...cit.", p. 44.

<sup>326</sup> Resaltando la influencia de esta tipicidad sobre la intención del legislador, MARTÍN VALVERDE, "Régimen...cit.", p. 49).

<sup>327</sup> De este modo, es obvio que "la denuncia inevitablemente da vía libre a un nuevo proceso negociador, y que, durante éste, carece de sentido que los representantes de los trabajadores no puedan hacer recurso a los tradicionales medios de presión colectiva" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit.", p. 106). Por otra parte, la imperatividad del cese del contenido obligacional sólo aparece con claridad en relación con dichas cláusulas, y ello, porque suponen una limitación al libre ejercicio del derecho de huelga. Por lo demás, "nada impide a quienes negocian un convenio establecer expresamente la ultractividad de determinadas cláusulas obligacionales" (MARTÍN VALVERDE, "Régimen...cit.", p. 50, compartiendo al respecto la opinión de GARCÍA MURCIA, "Contenido...cit., p...).

con la reforma<sup>328</sup> que, más allá de las clasificaciones que puedan establecerse respecto del contenido convencional<sup>329</sup>, siempre discutibles y polémicas<sup>330</sup>, lo importante es la distribución temporal que los sujetos indistintamente hagan de los diversos preceptos del mismo (lo que, a su vez, realza el significado del art. 86.1 ET)<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> Que efectúa una clara atenuación del rigor imperativo del art. 86.3 ET, favoreciendo la disponibilidad colectiva, no de la prórroga, pero sí de los términos en los que se establece, con los únicos límites impuestos por la efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos (señaladamente, huelga y negociación colectiva).

<sup>329</sup> En general, se trata de "una clasificación problemática, que puede resolver algunos aspectos del régimen jurídico de las cláusulas de los convenios, pero que plantea serias dificultades en cuanto a la delimitación de sus términos, y en cuanto a las consecuencias que derivan de la adscripción a uno u otro" (MARTÍN VALVERDE, "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional", cit., p. 43).

<sup>330</sup> El tratamiento unitario de las llamadas cláusulas obligaciones se encontraría dificultado, tanto por la ausencia de una definición legal (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "Vigencia...cit., p. 129), como por la gran heterogeneidad de las mismas, que llegan a constituir un verdadero "cajón de sastre" (MARTÍN VALVERDE, "Régimen...cit., p. 49 y 51-52, donde se citan ejemplos de la mencionada diversidad y se pone en evidencia la "compleja y disputada cuestión" de la distinción entre éstas y las normativas; por otra parte, como este autor pone de relieve, la utilización, como criterio identificativo, de los destinatarios de uno y otro tipo de cláusulas, se muestra inidónea cuando estamos ante convenios de empresa). Asimismo, poniendo de relieve las repercusiones prácticas de la dificultad reseñada, v. GARCÍA-PERROTE, "Aplicación del contenido normativo...cit., p. 515; GARCÍA MURCIA, "Contenido normativo...cit., p. 1290. Un resumen de las insuficiencias de las diversas clasificaciones apriorísticas en la SAN de 22/05/91, 91L592. Por otra parte, ejemplos significativos de la dificultad de delimitación expuesta los encontramos en la propia ley a la hora de tipificar las conductas constitutivas de infracción. En efecto, hay supuestos en los que es difícil determinar con exactitud la delimitación entre uno y otro tipo de cláusulas, lo que, tratándose de normas sancionadoras, no deja de ser incompatible con la seguridad jurídica que debería observarse. Tal es el caso, por ejemplo, del supuesto contemplado en el art. 96.8 ET, donde se califica de muy grave "la trasgresión de las cláusulas normativas sobre materia sindical establecidas en los convenios colectivos", sin que quede claro, previamente, cuáles serían los criterios de calificación a utilizar para llevar a cabo la distinción entre las obligaciones y normativas dentro del conjunto de cláusulas "sobre materia sindical" (tradicionalmente concebida como contenido obligacional) que puedan haberse pactado en el convenio colectivo.

<sup>331</sup> En este sentido, la reforma del art. 86.3 ET merece una valoración positiva, ya que "combina de forma adecuada la garantía de un régimen jurídico seguro, pese a la finalización de la vigencia normal del convenio, con un cierto espacio a la autonomía colectiva para disponer de ella, en su dimensión prorrogada" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Contenido negocial...cit., p. 111). Asimismo, se evitaría la excesiva judicialización que acarrearía la progresiva "mixtificación" detectada en la práctica negocial (sobre este problema, RIVERO LAMAS, "Estructura...cit., p. 54). En todo caso, hay que tener en cuenta la irrelevancia que debe predicarse del nomen iuris otorgado por las partes (así, MARTÍN VALVERDE, "Régimen...cit., p. 52), lo que, sin duda, disminuiría los efectos de la mencionada mixtificación, inhibiendo a los sujetos frente a este tipo de prácticas negociales.

#### 2.2.1.2.2.4.- Estructura de la negociación y contenido convencional.

Uno de los principales mecanismos articulados legalmente para la protección de la intangibilidad del contenido de los convenios ha venido siendo, sin duda, el artículo 84 ET<sup>332</sup>, y ello, sin perjuicio, asimismo, de su virtualidad para prevenir potenciales conflictos aplicativos<sup>333</sup> y, consecuentemente, para racionalizar el sistema de negociación colectiva<sup>334</sup>. En este precepto se conjugan, por un lado, la libertad de elección de unidad negocial (art. 83.1 ET), matizada por el alcance reconocido al respecto a la propia disponibilidad de la negociación colectiva (art. 83.2 ET)<sup>335</sup> y, por otro lado, el necesario

---

<sup>332</sup> En general, sobre el alcance de este precepto v., entre otros, MARTÍN VALVERDE: "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo" en, BORRAJO DACRUZ (Dir.) Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Los Convenios Colectivos de trabajo: Puntos críticos (T. XII, V. 2º), EDESA-MADRID, 1995 (2ª Ed.); p. 1 ss.; GONZÁLEZ ORTEGA: "Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva", REDT-30/87; p. 187 ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ: "Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios", RPS-134/82, p. 247 ss.; MERCADER UGINA, op. cit., p. 131 ss.; DESDENTADO BONETE, "Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos", en Los problemas actuales de la negociación colectiva, cit., p. 141 ss.

<sup>333</sup> Como tal, viene a establecer una regla para ordenar las relaciones entre convenios colectivos estatutarios, seleccionando entre ellos el prior in tempore. Desde esta perspectiva se contempla el convenio como un elemento integrado dentro de nuestro sistema de negociación colectiva (GONZÁLEZ ORTEGA, La dimensión... cit., p. 311). Por ello, su estudio tendrá especial relevancia en el momento aplicativo (v. infra, 3). Lo que ahora interesa destacar es la "idea de refractariedad o intangibilidad del contenido del convenio" (MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios..." cit., p. 38) que subyace a dicha regla, pues, además, permite "comprender mejor la regla espacial del párrafo segundo del propio artículo 84 del ET" (ib.). Planteando la cuestión en términos antitéticos, DESDENTADO BONETE, "Problemas..." cit., p. 150 ss.

<sup>334</sup> En efecto, como especie dentro del género "normas de coordinación", las reglas contenidas en el art. 84 ET comparten el objetivo común de todas ellas: "la intriducción de un mínimo de orden en el conjunto tendencialmente desordenado de los convenios colectivos de trabajo" (MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios..." cit., p. 13-14).

<sup>335</sup> En todo caso, la armonización entre ambos preceptos, siempre difícil, alcanza nuevas dosis de complejidad tras la reforma (MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos..." cit., p. 17 y 103 ss.), a pesar de la, aparentemente clara, relación de supletoriedad que se establece entre ellos (art. ult. cit., p. 104).

respeto al contenido de un convenio vigente (art. 82.3 ET)<sup>336</sup>, presupuesto básico para la funcionalidad del sistema de negociación colectiva instaurado. Su función, como norma sobre la producción jurídica, se conecta directamente con el tipo convencional previsto en el ET y, en consecuencia, se concreta en la preservación de la especial eficacia jurídica asignada al mismo<sup>337</sup>.

Sin embargo, la intangibilidad, entendida en este sentido, no sólo exige la protección del contenido del convenio "durante todo el tiempo de su vigencia", sino respecto a "todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación"<sup>338</sup>. La función normativa del convenio colectivo de eficacia general sólo podrá ser desplegada si se garantiza, en toda su dimensión, la mencionada intangibilidad. De este modo, se puede apreciar cómo el precepto no se dirige directamente a la protección de la fuerza vinculante del convenio colectivo como norma que, en tanto que se refiere al modo en que las relaciones individuales quedan sometidas a sus mandatos, no sufre alteración alguna ante los eventuales recortes del ámbito de aplicación propiciados por convenios concurrentes o afectantes. Más bien es la extensión de la eficacia subjetiva que caracteriza a este tipo convencional, la que es objeto

---

<sup>336</sup> De este modo, además de la unidad y la exclusividad del convenio, lo que el artículo 84 ET trata de garantizar es "el control que los sujetos negociadores tienen sobre él, de manera que el impacto del segundo convenio no sería afectación si las propias partes han establecido y aceptado la posibilidad de que el segundo convenio se aplique simultánea o preferentemente a las cláusulas del propio" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia...cit., p. 193).

<sup>337</sup> En este sentido, como señala MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 9), valorando positivamente esta previsión legal, "nuestro sistema de negociación colectiva, selectivo en cuanto a los sujetos y dadivoso en cuanto a la eficacia de los convenios, parece necesitar esta pieza normativa para funcionar sin demasiadas fricciones".

<sup>338</sup> Obsérvese cómo la sistemática del Título III se corresponde con esta configuración. Así, definida tipológicamente la norma convencional en el art. 82.3 ET, las exigencias impuestas por sus rasgos definidores van a encontrar concreción en los art. 84 ET (respecto al ámbito de aplicación) y 86 ET (respecto a su duración). Dichas exigencias traen causa directa de la libertad de elección de la unidad de negociación (art. 83.1 ET) y de la libertad de contenidos reguladores (art. 85 ET).



de garantía, en la medida en que tales eventualidades recortan claramente su "generalidad"<sup>339</sup>. Ello no obstante, ambos aspectos se encuentran indisolublemente unidos en la estructura de este específico tipo normativo ("convenio colectivo de eficacia general"), razón por la cual sólo metodológicamente puede llevarse a cabo la separación aludida. En suma, estamos ante una de las principales garantías materiales anudadas a este tipo normativo<sup>340</sup>.

Pero del mismo modo que la inmodificabilidad de su contenido (primer aspecto de la intangibilidad) encontraba su "horma" particular en la consustancial temporalidad del convenio, la inafectabilidad del mismo (segundo aspecto), la encuentra en libertad de elección de la unidad de negociación por parte de los sujetos legitimados.

La diversidad de sujetos legitimados para negociar provocaría un continuo solapamiento de regulaciones válidas, propiciado, precisamente, por la eficacia general que se le asigna a todo convenio colectivo estatutario. De ahí que la potencial conflictividad aplicativa, por previsible, trate de resolverse de forma anticipada en el momento de la creación jurídica<sup>341</sup>. Ello no obstante, la norma contenida en el artículo 84 ET, a pesar de tener una directa

---

<sup>339</sup> En definitiva, la función de "asegurar la unidad e intangibilidad en el contenido del CC frente a instancias externas a las propias partes negociadoras, excluyendo la posibilidad de que se vea fragmentado, aplicándose conjuntamente varios CC a una misma relación de trabajo" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Concurrencia...cit., p. 249-250).

<sup>340</sup> Resaltando el carácter de "garantía negativa", y no tanto de criterio aplicativo, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos interprofesionales...cit., p. 356).

<sup>341</sup> El carácter de norma creativa (NSP) del art. 84 ET queda ratificado por su repercusión directa sobre los elementos más importantes que integran el proceso de creación jurídica de los convenios estatutarios. De este modo, como pone de manifiesto MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 6 ss.), la trascendencia del art. 84 ET proviene precisamente de su incidencia sobre elementos como los sujetos, la estructura y el proceso de la negociación y, como novedad tras la reforma, sobre el objeto o las materias de la negociación, al introducirse una regla de delimitación competencial.

repercusión en la ordenación de la estructura de la negociación colectiva, contribuyendo, por tanto, a la prevención de una eventual conflictividad<sup>342</sup>, tiene como finalidad principal el aseguramiento de la funcionalidad normativa del convenio colectivo estatutario cualquiera que sea su ámbito de aplicación. Y ello desde una doble perspectiva. En primer lugar, preservando el ámbito de aplicación seleccionado por las partes. En segundo lugar, garantizando una regulación estable a los individuos sometidos a ese ámbito. Desde ambas perspectivas quedaría reforzada la normatividad del convenio. En el primer caso, porque la preservación del ámbito negocial confirma la "soberanía" del poder normativo de las partes<sup>343</sup>. En el segundo caso, porque la aplicabilidad inalterada de unos determinados contenidos reguladores confirma la vinculabilidad del convenio para el conjunto de relaciones sometidas.

En definitiva, el análisis contextualizado del artículo 84 ET, pone a esta norma en conexión directa con el resto del marco regulador de la producción jurídica de este peculiar tipo convencional. De este modo, las rígidas exigencias de legitimación carecerían de justificación o, al menos, no serían tan justificables, si al producto negociado conforme a esas exigencias no se le garantizan los efectos que lo

---

<sup>342</sup> Y ello a pesar de que, como se ha dicho, la prohibición de concurrencia de convenios se entiende como prohibición de afectación entre convenios de diverso ámbito simultáneamente vigentes, y no como prohibición de negociación, ya que la concurrencia "entre convenios de distinto ámbito no sólo es posible sino que ha de producirse para que entre en juego el artículo 84; éste más que prohibirla parte de ella para darle una solución" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia...cit.", p. 190; sobre la polémica inicial suscitada al respecto en la doctrina y la jurisprudencia, v. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Concurrencia...cit.", p. 242 ss.). Lo que ocurre es verificada la afectación y, por tanto, infringiendo la prohibición contenida en el art. 84 ET, el convenio colectivo afectante será de una declaración de nulidad (parcial o total, en función del tipo de concurrencia de que se trate) con efectos ex tunc.

<sup>343</sup> En este sentido, como destaca MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios colectivos...cit.", p. 7-8) es indudable la incidencia de la reglas contenidas en el art. 84 ET sobre "la distribución del poder de negociación colectiva entre las distintas instancias negociadoras".

definen. Y ello, con independencia del alcance objetivo de estos efectos que, estando en función del poder negociador ostentado por las partes, podrá ser mayor o menor<sup>344</sup>.

Pero el quantum de poder negociador no sólo debe tener relevancia para hacerlo corresponder con una determinada extensión del ámbito de aplicación. Asimismo, correlativamente, debería tener una proyección cualitativa sobre los contenidos negociales. De este modo, podría efectuarse un reparto competencial de materias en función del poder negociador verificado conforme a las reglas de legitimación. La reserva de determinadas materias para ser negociadas en un determinado nivel estaría justificada por el cualificado poder negociador concurrente y, a su vez, implícitamente, otorgaría una especie de superioridad jerárquica al convenio resultante frente a los negociados en niveles inferiores, toda vez que éstos no podían regular esa materia de modo diverso al convenio "superior" ya negociado.

Esta conexión material entre contenido y estructura aparecía claramente en la anterior redacción del artículo 84 ET<sup>345</sup>, habida cuenta de su remisión al artículo 83.2 ET. De este modo, la prohibición de concurrencia, asépticamente fundada sobre el principio prior in tempore<sup>346</sup>, tenía como

---

<sup>344</sup> Ya veremos posteriormente si de esta diversidad podemos o no extraer consecuencias para la ordenación aplicativa de los diferentes convenios colectivos (v. infra).

<sup>345</sup> Como señala MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de convenios...cit., p. 11), "el supuesto de concurrencia normativa supone en todo caso una divergencia de contenidos de las normas en presencia", descartándose, por tanto, los casos de complementariedad o suplementariedad entre convenios (más extensamente, p. 36 ss.). De este modo, "si la no afectación significa la garantía de la unidad e intangibilidad del convenio, para nada altera su contenido el que se negocien otros convenios concurrentes siempre que no pretendan aplicarse modificando o alterando las reglas del convenio precedente" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia...cit., p. 194).

<sup>346</sup> En todo caso, había que tener en cuenta si se producía una afectación material, sin que bastara al efecto el mero solapamiento objetivo entre convenios de diverso ámbito, salvo, claro está, que los convenios prior in tempore contuviesen una "cláusula de cierre" que (aunque con las limitaciones que se derivan de las reglas especiales introducidas), resultando amplificada en sus efectos por el art. 84 ET, se convertiría en una verdadera "cláusula de

objetivo principal la preservación del ámbito negocial, efectuando una ordenación horizontal de la estructura negocial. Pero dicha ordenación podía ser alterada, en cualquier caso, por las previsiones contenidas en un acuerdo interprofesional que estableciera una determinada distribución material entre las diversas unidades negociales. Esta "complementariedad programada" o "articulación"<sup>347</sup>, efectuada sobre la base de repartos competenciales por niveles de negociación, conllevaba ineludiblemente una cierta jerarquización de los diferentes convenios en función del nivel negociador. O, lo que es lo mismo, en función del poder negociador concurrente en el proceso de negociación y, en última instancia, integrado en el convenio.

No obstante, a pesar de ser constatable esa fuerza pasiva a la modificación (al menos, in peius) por un convenio de diferente ámbito, no estamos, propiamente, ante una relación jerárquica. Como veremos, la relación jerárquica sólo es posible entre fuentes del derecho distintas y, en todo caso, se constata en el plano aplicativo, es decir, entre normas jurídicas válidamente creadas. Las normas de estructura, a pesar de establecer una ordenación material entre diversos niveles negociales y, consecuentemente, asignando competencias diferentes a los diversos convenios colectivos, son normas que rigen la creación jurídica, es decir, establecen condiciones de validez para la negociación de convenios. El hecho de que en su establecimiento se tenga en cuenta el poder de negociación concurrente en cada nivel merece, sin duda, una valoración positiva, pero no pueden hacerse derivar de ello consecuencias sólo factibles en un

---

inmunidad" del convenio (MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 59 ss.). En general, sobre los supuestos de "coincidencia objetiva", v. MERCADER UGINA, op. cit., p. 156 ss.

<sup>347</sup> MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 56.

plano jurídico distinto<sup>348</sup>.

Sin embargo, con todo, va a ser la reforma<sup>349</sup> la que va a dar un refrendo definitivo a la mencionada conexión entre materia y nivel de negociación, hasta el punto en que el artículo 84 ET, con ser importante, será una manifestación más de lo que es, sin duda, una clara expresión de política del derecho<sup>350</sup>. Como consecuencia de ello, cobra cuerpo la posibilidad de establecer una ordenación material de los diferentes convenios colectivos estatutarios<sup>351</sup>, máxime si se comprueba, inversamente, la escasa virtualidad aplicativa del criterio formal contenido en el mencionado precepto, efecto inducido precisamente por las modificaciones acaecidas<sup>352</sup>, al introducirse una regla especial articulada

---

<sup>348</sup> En todo caso, la relación de jerarquía se establece entre el convenio eventualmente infractor del reparto competencial y la norma (de estructura) donde viniera establecido dicho reparto. En este caso, la afectación del convenio a favor del cual se ha efectuado la reserva sería, en última instancia, nula, no por contravenir el contenido material sino por vulnerar una norma (la que establece la reserva) de superior rango jerárquico.

<sup>349</sup> V., al respecto, MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., passim.; MERCADER UGINA, op. cit., p. 227 ss.

<sup>350</sup> Cuya línea directriz no es otra que la descentralización del sistema de negociación colectiva, principalmente en su dimensión geográfica (MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 82). En este sentido son relevantes las puntuales adscripciones materiales a determinados niveles negociales efectuadas tras la reforma del ET (v. al respecto, CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit., p. 297 ss.), de las que constituyen muestras significativas de la misma, entre otros, los arts. 11.1.b y 15.1.b ET.; son destacables, asimismo, el ya analizado art. 82.3, párr. 2º ET (cláusulas de descuelgue), el art. 41.2 ET. Sin embargo, como veremos, estos últimos casos suponen un salto cualitativo bastante importante, puesto que el reparto material se va a efectuar entre diversos tipos de normas convencionales y no entre diversos tipos de convenios diferenciados por el nivel de negociación. En consecuencia, entre ellos sí que cabe el establecimiento de típicas relaciones aplicativas, sean de estricta jerarquía o de otro tipo (v. infra, 3.3).

<sup>351</sup> V. al respecto, CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit., p. 297 ss.

<sup>352</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("La reforma...cit., p. 374), la introducción de una nueva excepción a la prohibición de la afectación, consistente en la eliminación de la llamada "prohibición de afectación ascendente" para los convenios de ámbito superior a la empresa, unido a una posible interpretación de la reforma que, invirtiendo los términos de la relación anterior, configure a los acuerdos interprofesionales (art. 83.2 ET) como dispositivos respecto del art. 84 ET, llevaría a una liberalización absoluta de la estructura negocial (a salvo, claro está, de las propias excepciones que prevé la propia ley, cuando lleva a cabo, puntualmente, los mencionados repartos competenciales). La reducción de las posibilidades de ordenación de la negociación colectiva que lleva a cabo la reforma es bastante significativa, toda vez que se proyecta, no sólo sobre las reglas heterónomas que, hasta ahora, eslabecían supletoriamente un principio de ordenación (prior in tempore...), sino

sobre la base de una delimitación competencial<sup>353</sup>.

El carácter residual con el que queda configurada la prohibición de afectación<sup>354</sup>, quizás pueda evitar los efectos distorsionadores que su aplicación proyectaba sobre la estructura de la negociación colectiva, pero no está claro que vaya a propiciar una reordenación más racional y efectiva de la misma<sup>355</sup>.

De este modo, a pesar del mayor protagonismo otorgado a los sujetos legitimados a nivel supraempresarial en la modificación de la estructura negocial<sup>356</sup>, y del reparto material entre diversos niveles de negociación que se deducen de la nueva formulación del precepto (artículo 84 párr. 2º y 3º, respectivamente), la aludida modificación convierte en

---

también sobre las eventuales reglas autónomas, ante su posible inoperancia frente a la nueva regulación legal. De este modo, la reforma, efectuando una excepción sobre la excepción que deja vacío de contenido al párrafo primero del artículo (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit., p. 96), describe un movimiento circular que vuelve a acercar a nuestro modelo legal al lugar de donde partió, el art. 83.1 ET, consagrando así, una casi total liberalización en la materia y, de paso, haciendo superflua buena parte del contenido de los artículos 83.2 y 3 y 84 ET. (ib.).

<sup>353</sup> Como señala MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 57), la intervención en este sentido del legislador trae causa en una inactuación de la propia autonomía colectiva en el establecimiento de normas de coordinación de esta índole, facultad expresamente conferida en el art. 83 ET. La idoneidad de las normas de delimitación competencial para el reforzamiento de las relaciones de complementariedad que pudieran establecerse ha informado la intervención del legislador reformista en este aspecto, matizando claramente el alcance de la prohibición de concurrencia.

<sup>354</sup> Su aplicación actual se limitará "a marcar las reglas de apertura y cierre de las diferentes unidades de negociación, exclusivamente cuando la afectación se produzca en los ámbitos empresarial y supraempresarial" (MERCADER UGINA, op. cit., p. 228).

<sup>355</sup> Con mayor optimismo, por contra, se muestra MERCADER UGINA, op. cit., p. 229.

<sup>356</sup> Sobre todo destaca la "apuesta por la creación de marcos autónomos de relaciones laborales", lo que facilitará, sin duda, los "procesos de especialización convencional" (MERCADER UGINA, op. cit., p. 230). En este sentido, hay que poner de relieve la demostrada idoneidad de estos niveles de negociación en relación con determinadas materias, tales como el desarrollo de marcos procedimentales para la solución extrajudicial de conflictos (v. al respecto, en general, GONZÁLEZ BIEDMA, "Los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas", en Negociación colectiva y solución de conflictos...cit., p. 217 ss.; asimismo, más específicamente, CASAS BAAMONDE: "Sobre el marco autónomo vasco de relaciones laborales y el acuerdo sobre procedimientos de solución de conflictos colectivos", RL-85 (I), p. 1.165 ss.

regla general lo que antes era una excepción, pero no asegura que se lleve a cabo la ordenación articulada de la negociación colectiva. Siendo su base la combinación de los mencionados elementos (poder negociador y contenidos negociales), se trata de una posibilidad ya abierta anteriormente (gracias al resquicio abierto por la relación de subsidiariedad establecida entre los arts. 84 y 83.2 ET). Si antes no se han utilizado los mecanismos puestos a disposición de los sujetos colectivos para llevar a cabo tal ordenación, no parece que, tampoco, que un nuevo régimen legal más intervencionista sea la solución. La imposición de una aleatoria distribución material por niveles<sup>357</sup>, no puede calificarse de "articulación" de la negociación colectiva, ni siquiera desde el juicio más optimista. Y lo que es peor, el carácter imperativo de esta imposición, de verificarse, cegaría la vía del artículo 83.2 y 3 ET y, con ella, la posibilidad de que los instrumentos normativos allí contemplados puedan ser funcionales<sup>358</sup>.

#### 2.2.1.3.- Garantías formales y validez del convenio como norma.

Haciendo abstracción de la sistemática utilizada por el legislador estatutario, podemos distinguir, como tercer grupo normativo dentro del Título III ET, una serie de preceptos destinados, no a garantizar la existencia de un

---

<sup>357</sup> Sobre la falta de "lógica" inmanente al esquema legal contenido en el 84.3 ET, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 377.

<sup>358</sup> Para GONZÁLEZ ORTEGA ("La reforma...cit.", p. 375-376), esta es la interpretación que se deduce del nuevo tenor dado al art. 84 ET. En este sentido, su párrafo segundo "no sólo habría, de esta manera, liberalizado la relación entre los distintos niveles de negociación, atenuando la fuerza imperativa y homogeneizadora de la prohibición de afectación. También, lo que es más grave, habría primado esa liberalización sobre la función ordenadora de la negociación colectiva que se atribuye por el artículo 83 a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas".

poder normativo suficiente (garantías subjetivas) o a la extensión del ámbito objetivo sobre el que se despliega (garantías materiales), sino a garantizar la forma en que ha de quedar plasmado la expresión ese poder. Se trata por tanto de la regulación de aspectos que no inciden directamente sobre la normatividad del convenio, pues tal carácter sólo queda supeditado al cumplimiento del conjunto de reglas sobre la producción jurídica que ordenan la creación de la norma convencional. Por el contrario, se trata de normas que se dirigen a garantizar la efectiva aplicación de la norma ya elaborada<sup>359</sup>.

Las reglas contenidas en el artículo 90 ET tienen todas ellas esa función común y, por ello, establecen una serie de mandatos imperativos para que el producto negociado tenga la efectividad que, como norma jurídica, le corresponde. El destinatario de todos ellos es la autoridad laboral<sup>360</sup> que, de este modo, actúa como "colaborador necesario" (valga la expresión) en el proceso descrito. La necesidad se contempla desde una doble perspectiva. Por un lado, porque al ser destinatario de la norma estatutaria, su concurso es insoslayable. Por otro lado, porque, siendo una actividad reglada, su colaboración deviene instrumental o mecánica, es

---

<sup>359</sup> Por eso no se puede decir, propiamente, que la validez y eficacia del convenio como fuente del derecho dependa de cumplimiento de "ese iter administrativo" (en contra, MONEREO PÉREZ, "La intervención de la Administración laboral en la tramitación y en el control de legalidad de los convenios colectivos", REDT-32/87, p. 528; RABANAL CARBAJO, Negociación colectiva y Administración. (Un estudio sobre la intervención administrativa en la negociación colectiva del Título III del Estatuto de los Trabajadores), CEJ(MJ)/UCM, MADRID, 1994; p. 27). No hay que olvidar que, junto a la heterotutela estatal, existen medios de autotutela colectiva con capacidad de imponer la efectividad del producto negociado (CONDE MARTÍN DE HIJAS, "El control administrativo y judicial del cumplimiento del convenio colectivo (I)", AL-46/91, p. 583).

<sup>360</sup> Constituye, por tanto, una de las diversas manifestaciones de la intervención administrativa en las relaciones colectivas de trabajo (v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo e intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo", en La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo. VI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL-SEVILLA, 1989; p. 31 ss.). Es destacable, no obstante, la reducción experimentada por este tipo de intervención en contraste con (y, quizás, como consecuencia de) el grado de intervención legislativa en la materia (ib.).



decir, no existe, en principio, la posibilidad de que el órgano administrativo efectúe algún tipo de valoración sobre la suficiencia normativa de cada convenio colectivo. Sin embargo, como se desprende del debate doctrinal en torno al artículo 90 ET<sup>361</sup>, esta pasividad de la Administración Laboral no es tan evidente como pudiera parecer, siendo preciso efectuar algunas matizaciones.

En primer lugar, trascendiendo de un eventual incumplimiento de la norma que establece la obligatoriedad de la presentación escrita del convenio (so pena de nulidad radical, art. 90.1 ET), pues constituye un presupuesto para el ejercicio de la actividad administrativa (y no el objeto de dicha actividad)<sup>362</sup>, la valoración del órgano administrativo, aunque mínima, sí es ineludible en el control<sup>363</sup> de legalidad e ilecitud del convenio colectivo previsto en el artículo 90.5 ET<sup>364</sup>. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, pudiera pensarse que esta valoración, aún cuando su objeto y función estén precisados, pudiera tener repercusiones sobre el resto de la actividad administrativa y, eventualmente, condicionarla<sup>365</sup>. De admitir

---

<sup>361</sup> Un resumen del mismo en, GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 35 ss.

<sup>362</sup> Con independencia de que constituya un presupuesto indispensable para que la Administración Laboral efectúe el conjunto de actuaciones previstas en el art. 90 ET, es la propia naturaleza normativa del convenio la que exige su forma escrita que, de este modo, se convierte en un requisito ad solemnitatem (DE LA VILLA/GARCIA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 227).

<sup>363</sup> Más bien se trata de un "pre-control", pues en el supuesto de violación de la legalidad, "la Autoridad Laboral, que desarrolla una función calificadora preliminar, es radicalmente incompetente para declararlo así, y extraer de ello las consecuencias correspondientes" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El control...cit., p. 234 y 230).

<sup>364</sup> Y ello, a pesar del limitado alcance de la Autoridad Laboral en el ejercicio de esta competencia (GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 37).

<sup>365</sup> De este modo, es la "conexión entre ambos temas" la raíz del problema interpretativo, pues "puede derivar hacia la posibilidad de suspensión de la publicación del convenio y de su entrada en vigor como tal norma jurídica" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo...cit., p. 35).

esta hipótesis<sup>366</sup>, la instrumentalidad o "mecanicidad" anteriormente predicada quedaría desvirtuada. El problema, por tanto, se reduce a constatar el alcance de la valoración del órgano administrativo que implícitamente le confiere el artículo 90.5 ET en el desempeño de la actividad de control allí contemplada<sup>367</sup>, verificando su proyección sobre el resto del precepto<sup>368</sup>.

Al respecto hay que señalar que, la eventual vinculación de las actividades señaladas en los diversos puntos del precepto, es decir, registro (90.2 ET), depósito (90.2 ET) y publicación (90.3 ET)<sup>369</sup>, por un lado, y el control de legalidad e ilecividad del convenio colectivo presentado, por otro<sup>370</sup>, debe examinarse bajo el presupuesto indiscutible ya adelantado: la normatividad del convenio constituye un prius para toda actividad administrativa, de manera que su despliegue (efectividad), no puede quedar condicionada por la actuación del órgano administrativo<sup>371</sup>. Como norma jurídica, su validez sólo puede ser puesta en cuestión y

---

<sup>366</sup> Uno de cuyos fundamentos es la dicción del artículo 4 del RD 1040/1981: "...En lo referente al registro definitivo y publicación del convenio, se estará a lo que disponga la sentencia del Órgano judicial, cuyo contenido se reflejará asimismo en el Registro".

<sup>367</sup> Concretamente consiste en la apertura del llamado "control directo" o "control abstracto" de legalidad, cuyo alcance está íntimamente conectado a la inmanente normatividad del convenio (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El control jurisdiccional de la negociación colectiva", cit., p. 227-229).

<sup>368</sup> En general, sobre el debate jurisprudencial al respecto, v. MARTÍN VALVERDE/GARCÍA MURCIA: "El procedimiento de impugnación jurisdiccional de los convenios colectivos. Un balance de jurisprudencia y algunas opiniones doctrinales", AL-9/86, p. 417 ss. (esp., p. 422-423).

<sup>369</sup> Este tipo de actuaciones constituyen, para la Autoridad Laboral, una especie de "carga legal que es deferida a la Administración" (DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 229).

<sup>370</sup> La distinción entre uno y otro tipo de actividad administrativa ha sido puesta de manifiesto por la STC 235/88, de 5 de diciembre, que diferencia, a estos efectos, entre "función extraordinaria", referida a estas últimas, y "función ordinaria", referida a la publicidad del convenio (RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 30).

<sup>371</sup> Destacando "la sustancial desconfianza hacia la Administración" que subyace en el art. 90 ET, v. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El control jurisdiccional...cit., p. 229.

eventualmente alterada por un pronunciamiento judicial<sup>372</sup>. Lo contrario sería atribuir a la Administración, siquiera sea implícitamente, unas facultades cercanas a las de homologación<sup>373</sup> que, no por familiares<sup>374</sup>, son menos incompatibles con el modelo constitucional de negociación colectiva<sup>375</sup>.

La fuerza vinculante que la CE reconoce a los resultados de toda negociación colectiva quedaría en entredicho si la ley atribuyese este tipo de facultades a la Administración Laboral. Por ello, la suspensión de registro, publicación y depósito no puede anudarse a la eventual decisión de ésta de someter al convenio al juicio de legalidad o ilegitud ante

---

<sup>372</sup> En relación con el objeto del control judicial, pueden distinguirse los siguientes "frentes": "el frente de la legalidad del contenido de un Convenio (...); el frente de la regularidad del procedimiento (...); y el frente del uso regular de la facultad normativa" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El control jurisdiccional de la negociación colectiva", en La intervención administrativa y jurisdiccional... cit., p. 220; como destaca esta autora, la actividad judicial de control, por la naturaleza de la norma convencional, no está exenta de "peligros" de diversa índole). En todo caso, no hay que perder de vista que, en el fondo, lo que se dirime es un conflicto de normas y que, en consecuencia, el pronunciamiento judicial debe agotarse en "la declaración de validez o invalidez de una de las normas en pugna" (art. ult. cit., p. 223-224).

<sup>373</sup> Sobre la preocupación doctrinal de que el control de legalidad e ilegitud devenga un "control de oportunidad", v. RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 28, compartiendo la inquietud al respecto con DE LA VILLA/DESDENTADO ("El peligro de injerencia de la autoridad administrativa en el control de legalidad del convenio colectivo", REDT-9/82, p. 661 ss.; y MARTÍNEZ EMPERADOR, La intervención de la autoridad laboral en materia de convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores, IES-MADRID, 1981; p. 662 ss.).

<sup>374</sup> La homologación constituía, esencialmente, una sanción administrativa de validez, de manera que "producida cuando el convenio no violaba la propia norma reguladora conforme a la cual se elabora, o cualquier otra norma de derecho necesario (art. 14.1 LCC 73), la homologación le imprimía el carácter de norma jurídica vinculante" (DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 230). Sobre los antecedentes normativos en nuestro ordenamiento, así como su contraste con otros ordenamientos próximos, v., por todos, RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 28-29.

<sup>375</sup> Destacando esta incompatibilidad, CAMPOS ALONSO, "Validez...cit., p. 142-143). La introducción de este mecanismo entre el conjunto de las normas sobre la producción jurídica heterónomas tenía como finalidad conferir a la administración del Estado el control de legalidad del convenio: su función era la acreditación de la "regularidad formal de su celebración y de la negociación precedente y su no oposición a normas legales generales imperativas" (ALONSO OLEA, "Introducción...cit., p. 21). Como se sabe, en la actualidad, por imperativo constitucional, dicha función queda reservada en exclusiva al poder judicial.

la jurisdicción competente<sup>376</sup>. Si el control sólo puede ser jurisdiccional, la actividad administrativa debe seguir siendo instrumental o mecánica<sup>377</sup>, sin que pueda interferir en el proceso de aplicación de la norma convencional ya creada<sup>378</sup>. Si la intervención legislativa en el proceso de creación de la norma convencional está fuertemente condicionada por el modelo constitucional, no sería de recibo que la normatividad ex CE del convenio quedase desvirtuada como consecuencia de la mediación administrativa en la fase formal de dicho proceso<sup>379</sup>.

En conclusión, una interpretación del precepto estatutario conforme al modelo constitucional nos llevaría inevitablemente a no sobredimensionar el alcance del papel de la autoridad laboral en esta fase del proceso de creación

---

<sup>376</sup> Defendiendo esta opinión, minoritaria en la doctrina, entre otros, DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 231. Para estos autores, el uso de la facultad contenida en el art. 90.5 ET, no conlleva ni la suspensión de la eficacia del convenio, ni la de su publicación, "puesto que el art. 90.3 LET obliga a ordenar su inserción en todo caso y en un determinado plazo contado a partir de la presentación del convenio para registro administrativo, sin que el art. 90.5 suponga excepción alguna a tal carga" (ib.) (las cursivas son nuestras).

<sup>377</sup> Destacando este carácter instrumental o accesorio de la "función calificador" que se le atribuye a la autoridad laboral, CAMPOS ALONSO, "Validez de los convenios colectivos de trabajo" en, Comentarios... cit., p. 144 ss. Dicho carácter, además, se deduce de la propia elaboración parlamentaria del precepto, donde se suprimió, mediante una enmienda del grupo socialista (nº 377), la posibilidad de suspensión de la publicación del convenio (v., al respecto, RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 32-33).

<sup>378</sup> Por otra parte, esto es lo que ordinariamente ocurre en los supuestos en que la actividad de control de la autoridad laboral se despliega una vez publicado el convenio. No hay que olvidar que, precisamente, uno de los motivos de impugnación previstos en el precepto es la lesión grave del interés de terceros, tiene como presupuesto inexcusable la publicación del convenio, que es "la que lleva al conocimiento de los interesados la existencia de la posible lesión y hace que éstos insten a la Autoridad Laboral su actuación de oficio" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Diseño normativo..." cit., p. 35). En estos casos, no se produce la suspensión de la publicación del convenio y, en consecuencia, "la actividad de la Administración no tiene reflejo sobre la dinámica aplicativa del mismo" (ib., p. 35-36). En definitiva, si este cauce procesal para la impugnación del convenio está abierto con posterioridad a su publicación parece inadecuado, y apresurado, facultar a la Administración a tomar la decisión, como "medida cautelar", de suspender la aplicación del convenio, máxime, porque tal decisión ya encierra un prejuicio acerca del fondo del asunto que, como tal, no le corresponde, sobrepasando sus competencias esencialmente instrumentales.

<sup>379</sup> Sobre el dudoso encaje constitucional de una interpretación amplia de las facultades de la autoridad laboral (comprensiva de la suspensión de publicación de la norma convencional), v. RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 31, y doctrina que cita.

normativa. La función del artículo 90 ET es, en términos generales, garantizar la aplicabilidad o efectividad de la norma convencional negociada. Para ello encomienda a un órgano administrativo una serie de actividades, todas ellas de índole instrumental o accesorio. Lo que ocurre es que unas (registro, depósito y publicación) no comportan actividad valorativa alguna, es decir, son meramente mecánicas pues se activan con la simple presentación por escrito del convenio colectivo, mientras que otras (control de legalidad e ilegitud) presuponen un cierto grado de valoración que, en ningún caso, pueden repercutir en el mencionado proceso de efectividad de la norma convencional. El hecho de que ambas actuaciones sean desempeñadas por el mismo órgano administrativo no puede obviar la naturaleza diversa de las mismas, ni tampoco la distinta función que desempeñan<sup>380</sup>.

No hay que olvidar que la conformidad o no de la norma convencional con el resto del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, su validez como tal, sólo puede ser competencia del poder judicial. El artículo 90.5 ET lo único que hace es habilitar una vía, entre otras posibles<sup>381</sup>, para control judicial de dicha adecuación<sup>382</sup>. Sin perjuicio del

---

<sup>380</sup> De ahí que no quepa "vincular la presentación del convenio con el control de legalidad del mismo (...), ni tampoco la publicación con su control jurisdiccional, sino con el acto de la presentación"; en conclusión, "la relación es, así, de un lado, presentación-registro-depósito-publicación del convenio (...) y de otro, circunscrito al art. 90.5 exclusivamente, examen administrativo-remisión a la jurisdicción laboral" (DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 232).

<sup>381</sup> V., al respecto, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El control jurisdiccional...cit., p. 231 ss.

<sup>382</sup> Incluso es discutible la idoneidad de esta habilitación. Teniendo en cuenta su función de impulso del proceso judicial, parece que sería un cometido más propio del Ministerio Fiscal. Como señala CONDE MARTÍN DE HIJAS ("Las partes en el nuevo proceso de impugnación de convenios colectivos", AL-36/90, p. 423), "el control de la legalidad de los convenios, dada su eficacia normativa, si es que se estimaba preciso al respecto un intervencionismo estatal, cuadraba mejor a la misión constitucional del Ministerio Fiscal (art. 124 CE), que es el que, en su caso, podía haber asumido la función que el art. 90.5 LET y la Ley procesal asigna a la Administración Laboral".

pronunciamiento judicial<sup>383</sup>, de esta habilitación que, en esencia, constituye la apertura de un cauce procesal, no pueden hacerse derivar consecuencias sobre la norma a enjuiciar, pues ello supondría, en sí mismo, un prejuicio efectuado por órgano constitucionalmente incompetente<sup>384</sup>.

### 2.2.2.- El convenio colectivo de eficacia limitada.

#### 2.2.2.1.- La garantías subjetivas.

##### 2.2.2.1.1.- Las reglas de legitimación.

No parece que suscite duda alguna, ni siquiera desde la interpretación más generosa, la inaplicación de las reglas de legitimación estatutarias al convenio colectivo de eficacia limitada. Como hemos expuesto, la conexión de éstas con el plus de eficacia otorgado es tan cerrada<sup>385</sup> que se integra como elemento básico en la definición del tipo

---

<sup>383</sup> Sobre los efectos de la resolución judicial, v. DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 233.

<sup>384</sup> De este modo, "si en otro tiempo pudo llegar a hablarse sin escándalo de facultades jurisdiccionales de la Administración (MONTROYA MELGAR, Jurisdicción y Administración de Trabajo, TECNOS-MADRID, 1970), hoy una afirmación tal es absolutamente inaceptable" (CONDE MARTÍN DE HIJAS, "El control...cit., p. 593), por impedirlo la "distribución funcional de poderes efectuada por la CE, que reserva el control de legalidad previo o posterior a la publicación y entrada en vigor de las normas al poder judicial" (RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 33, y doctrina que cita).

<sup>385</sup> No en vano, las mencionadas reglas se justificaban por los cualificados efectos (eficacia personal general) otorgados ex lege a los convenios colectivos sometidos a esos requisitos procedimentales. Como señala VALDÉS DAL-RÉ ("Algunas cuestiones...cit., p. 31), "las garantías de carácter subjetivo establecidas por los artículos 87, 88.1 y 89.3 ET se explican por razón del tipo de convenio por el que ha apostado ente texto legislativo" (en el mismo sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Los sujetos...cit., p. 81. De esta manera, "el precio del 'erga omnes' ha consistido en limitar las posibilidades de una negociación colectiva de eficacia general a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas y, dentro de ellas, potencialmente a las Confederaciones y Federaciones de sindicatos y asociaciones empresariales estatales" (SALA FRANCO: Los convenios colectivos...cit., p. 24).

convencional cualificado por el que ha apostado el legislador estatutario. Por otra parte, en la mayoría de los casos, la propia existencia del convenio colectivo de eficacia limitada se debe precisamente al incumplimiento por los sujetos negociadores<sup>386</sup> de las exigencias legitimadoras previstas para en el ET<sup>387</sup>.

Pero este carácter de producto convencional "sobrevenido", y en consecuencia, cuasi-marginal, no le resta un ápice a su importancia funcional en el sistema de relaciones laborales<sup>388</sup>, ni, en consecuencia, a su tipificación como producto normativo de origen

---

<sup>386</sup> A veces, también, a la inexistencia de los sujetos legitimados previstos en el ET, como puede ocurrir en algunas empresas de plantillas reducidas, bien porque no alcancen el número mínimo de trabajadores para la constitución de la representación unitaria (GONZÁLEZ ORTEGA, "Piccola impresa...cit., p. 86), bien porque, aún alcanzándolo, no se ha procedido a su elección (GÓMEZ ABELLEIRA, art. cit., p. 278).

<sup>387</sup> Una enumeración de estas causas en, SALA FRANCO: Los convenios colectivos...cit., p. 6-9. Sin embargo, el incumplimiento de ciertas reglas contenidas en el ET, tales como no respetar la proporcionalidad en la constitución de la comisión negociadora, podría traer consigo la nulidad, por discriminación, de todo producto convencional resultante. Como señala al efecto VALDÉS DAL-RÉ ("La reforma...(III), cit., p. 5-6), "mientras la constitución de una Comisión Negociadora sin la mayoría prevista en el art. 89.1 ET priva de eficacia estatutaria al convenio que en su caso se hubiere adoptado, la distribución de las vocalías del banco social sin tener en cuenta el poder negociador que apresta el peso representativo produce la nulidad del convenio, que no puede pervivir ni tan siquiera como convenio de eficacia limitada". Se evitaría así que el convenio colectivo de eficacia limitada se utilizara como instrumento para encubrir actos de injerencias del empresario (un ejemplo al respecto en BAYLOS/DESDENTADO, "Convenio de eficacia limitada e ingerencia antisindical", GS-7/80; p. 21 ss.

<sup>388</sup> En el fondo, no hay que olvidar que el relativo auge que ha tomado la negociación colectiva extraestatutaria ha sido debido a un claro desajuste entre el modelo legal de convenio y las exigencias de la práctica negocial. De este modo, gracias a este instrumento se han paliado los defectos de cobertura convencional causados, principalmente, por "la dificultad de contar con representaciones sindicales y empresariales que reúnan las condiciones de legitimación exigidas por la Ley para la estipulación de convenios de eficacia general" (RIVERO LAMAS, "Estructura...cit., p. 41). Como apuntaba ESCUDERO RODRÍGUEZ (La representatividad...cit., p. 256), "nos encontramos con el hecho de que una parcela de la negociación colectiva, erradicada del área legal de promoción de la misma, conoce, en la práctica, un cierto auge en claro detrimento de aquella otra modalidad negocial en la que, por el contrario, se han concretado los propósitos tutelares del legislador". Hoy día, no obstante, el clima de unidad sindical en el que se desenvuelven las relaciones colectivas disminuye los desajustes apuntados, precisamente porque, como se sabe, el modelo estatutario basa su funcionalidad en dicho presupuesto. En todo caso, es obvio que se configura como un instrumento de regulación disponible de forma alternativa al de eficacia general (SALA FRANCO, op. cit., p. 8) que, en su caso, será utilizado por los sindicatos una vez valorada su oportunidad en el marco de la estrategia sindical diseñada. Ello supone, sin duda, un enriquecimiento de la propia dinámica de las relaciones laborales y, particularmente, incrementa los niveles de protagonismo (y, por ello, de responsabilidad) de los sujetos colectivos.

convencional<sup>389</sup>. Hay que tener presente que la vertiente subjetiva de la garantía institucional contenida en el art. 37.1 CE<sup>390</sup>, no puede quedar encerrada en las estrictas previsiones de legitimación negocial efectuadas por el legislador en relación con un tipo convencional concreto<sup>391</sup>, pues como genéricamente hemos apuntado, ello significaría invertir los términos de la contraposición entre modelo

---

<sup>389</sup> Cuestión esta última, sin embargo, nada pacífica al poner de manifiesto el problema subyacente a todo el discurso jurídico sobre la razón de ser y condiciones de existencia de este tipo de convenios: el papel de la ley en la realización del modelo constitucional (v. *ut supra*). Por ello, las opiniones difieren en función de si se entiende que el carácter de fuente (formal) del derecho es otorgado por mediación de la ley (claramente en este sentido, entre otros, MARTÍNEZ EMPERADOR, "Las partes...cit.", p. 61) o, por el contrario, se conecta directamente con el reconocimiento constitucional (indiscutible, por otra parte) de la negociación colectiva como fuente (material) del derecho y, en consecuencia, la normatividad del convenio es una cualidad constitucionalmente (y no legalmente) conferida (así, SALA FRANCO, *Los convenios...cit.*, p. 11). Como se extrae de lo expuesto, aquí hemos optado por la segunda alternativa y, en congruencia con ello, los efectos de la no observancia de las reglas de legitimación previstas por el ET sólo pueden alcanzar a la extensión (no a la "intensidad", v. *ut supra*, Cap. II.3.3) de la eficacia que se le anuda. Por otra parte, ésta es la solución más coherente con la conclusión de que el plus que la ley confiere a los convenios estatutarios es, únicamente, la generalización de la eficacia personal (en contra, significativamente, habida cuenta de las premisas de las que parte, VALDÉS DAL-RÉ, "La reforma de la reglas de legitimación negocial" (II), p. 1). Por otro lado, a pesar de la falta de una declaración expresa al efecto por parte del TC, "hay que reconocer, sin embargo, que hay en sus decisiones suficientes datos indicadores de que la fuerza normativa del convenio no resulta de la condición legal representativa del sindicato negociador (STC 108/89, fj. 2)" (CASAS BAAMONDE, "Jurisprudencia constitucional...cit.", p. 74).

<sup>390</sup> En este sentido hay que entender la consideración de las reglas de legitimación como "garantías subjetivas".

<sup>391</sup> Como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El contenido esencial...cit.", p. 603, "la legitimación para negociar no puede ser entendida como un mecanismo exclusivo para acceder a la negociación colectiva sin mayores calificativos", y ello, "porque el propio Tribunal Constitucional ha descartado que lo sea, al admitir la legitimidad de la negociación colectiva extraestatutaria". De este modo, la libertad negocial que, como tal, forma parte de la garantía institucional, no puede quedar comprometida por la intervención del legislador cualquiera que sea su contenido. La promoción legal de la negociación colectiva de eficacia general, a pesar de ser una opción constitucionalmente irreproachable, no puede confundirse con la promoción legal de la negociación colectiva, so pena de socavar los fundamentos de la configuración constitucional de la autonomía colectiva (v. *ut supra*, Cap. III.3). En consecuencia, la imperatividad que se predica de las reglas de legitimación estatutarias supone que su inobservancia impide que el convenio colectivo resultante alcance eficacia personal general, cualidad directa y lógicamente anudada a dichas reglas, pero en ningún caso puede afectar a su naturaleza normativa, pues ésta constituye un *prius* a toda intervención legislativa. La jurisprudencia ordinaria, sin embargo, ha venido manteniendo, en una doctrina no exenta de confusión, la pérdida de eficacia general y normativa del convenio colectivo celebrado al margen de las mencionadas prescripciones (v. al respecto, MONTALVO CORREA, "Estudio...cit.", p. 203 ss.).



constitucional y modelo legal<sup>392</sup>.

Sin embargo, la inaplicabilidad del régimen de legitimación negocial previsto en el ET, no puede llevarnos, como si se tratara de una alternativa inexorable, a la inserción del convenio colectivo colectivo de eficacia limitada en los estrechos márgenes del derecho civil<sup>393</sup>. Como hemos visto, esta acrítica extrapolación ha coadyuvado en el proceso de contractualización en el que se ha visto inmersa la fundamentación jurídica de este tipo convencional, en detrimento, consecuentemente, de su indiscutible y vocacional función normativa.

La insuficiencia teórica de este tipo de operaciones hermenéuticas<sup>394</sup> se va a poner en evidencia en la práctica y, de forma particularmente significativa, a la hora de dar cuenta de la correlación, necesariamente concurrente, entre poder negociador y ámbito de aplicación del convenio. Como hemos señalado, siendo esta cuestión ineludible, la finalidad del establecimiento legal de las reglas de legitimación era la de servir de mecanismos para catalizar el quantum de poder negocial, exigido por la especial eficacia que se anudaba al tipo convencional estatutario. Las diversas soluciones adoptadas por el legislador, teniendo esa finalidad, han

---

<sup>392</sup> Como señala GARCÍA MURCIA (Organizaciones... cit., p. 259), "no hay que perder de vista, de todas formas, que los criterios de representatividad difícilmente pueden cegar el pluralismo en el sistema de relaciones laborales (...). La representatividad puede limitar la densidad organizativa, pero en ningún caso puede llegar a coartar la libertad de organización de trabajadores y empresarios, ni las facultades de actuación y auto-regulación que un ordenamiento presidido por el principio de <<autonomía colectiva>> concede a las representaciones profesionales".

<sup>393</sup> Si bien es cierto que la subsidiariedad general del derecho civil, por su carácter de derecho común, también debe alcanzar a algunos aspectos del derecho colectivo del trabajo (principalmente en materia de formación de la voluntad, es decir, vicios en el consentimiento, tales como violencia, error, etc.), su alcance es, sin embargo, bastante limitado. El establecimiento de una serie de condiciones de aplicabilidad del derecho civil como subsidiario debe tener en cuenta la existencia de un conjunto de reglas especiales prioritariamente aplicables, como son las recogidas en el Título III ET y, especialmente, las reglas de formación de la norma colectiva.

<sup>394</sup> V. ut supra, Cap. II.3.3.

podido ser valoradas con base en su mayor o menor funcionalidad a la hora de efectuar la aludida correspondencia.

El problema surge cuando, ante las mismas necesidades, el legislador elude su apoyo técnico-jurídico y, el diseño legal existente no admite, por las razones expuestas, extrapolación alguna. Ante este vacío legal, no cabe, sin embargo, el recurso a los cánones privatistas de la representación que, ideados con finalidad diversa pues diversos son sus principios informadores, no se adecúan a las exigencias planteadas por el derecho colectivo del trabajo<sup>395</sup>. Como es sabido, los sujetos colectivos se organizan en torno a un interés colectivo que hace abstracción de las voluntades individuales en su conjunto. Siendo éste uno de los fundamentos dogmáticos sobre los que se asienta la función de representación colectiva, cualquier intento de traer a colación categorías privatistas está condenado al fracaso, habida cuenta de su inadecuación para captar la verdadera dimensión de aquella función<sup>396</sup>.

En definitiva, partiendo de los mismos presupuestos materiales, el convenio colectivo de eficacia limitada también necesita de mecanismos adecuados para verificar el poder negociador de los sujetos. El hecho de que no se tengan que alcanzar los niveles requeridos por el ET (lo que es obvio, ya que tampoco se le extiende legalmente su eficacia

---

<sup>395</sup> Como señala CHALARON ("Conventions et accords collectifs" JC-2/89, F. 19-15, p. 2), la "referencia al derecho común de los contratos no debe excluir la toma en consideración de los principios del derecho del trabajo (pues su valor no es inferior); principalmente el principio de un derecho a la negociación colectiva que se ejerce a través de una voluntad colectiva expresada por una función sindical es un principio original ante el cual no se debe sistemáticamente preferir el principio de la libertad contractual en la interpretación de las reglas del Código de trabajo".

<sup>396</sup> Como es obvio, concebir la representatividad "institucional" de los sindicatos como representación de voluntades diluye claramente el alcance de la representatividad sindical (ESCUERO RODRÍGUEZ, La representatividad... cit., p. 256.)

personal)), no debe significar que no haya que verificar la existencia de un determinado nivel de representatividad real.

Si a nivel de empresa la cuestión tiene un alcance más limitado, lo que se debe a la natural tendencia expansiva de los convenios pactados en este ámbito (aparte de la escasa dimensión práctica de la hipótesis), es a nivel supraempresarial donde adquiere su verdadero significado. Como hemos visto, la aplicación en este ámbito de los criterios sobre los que el legislador ha configurado el instituto (legal) de la representatividad, comportan un cierto nivel de abstracción, más o menos tolerable por la funcionalidad del tipo convencional al que se refieren<sup>397</sup>. No obstante, sin desdeñar la audiencia electoral (único criterio sobre el que se asienta la representatividad legal), es posible encontrar otros criterios más adecuados para verificar la concurrencia de poder negociador suficiente en los convenios colectivos de eficacia limitada. En este sentido, la verificación de la representatividad real<sup>398</sup> ostentada por el sujeto negociador encuentra en la implantación un mecanismo con evidente virtualidad aplicativa.

A pesar de desempeñar un papel marginal en nuestro ordenamiento<sup>399</sup>, la implantación, basada fundamentalmente

---

<sup>397</sup> Es preciso recordar la doble función que desempeña la representatividad tal y como ha sido configurada por el legislador en nuestro ordenamiento: por un lado, verifica la concurrencia de representatividad real; por otro lado, selecciona (gradualmente) determinados sujetos a los que asigna competencias exclusivas (arts. 6 y 7 LOLS). Es esta función selectora la que, al permitir un mayor grado de abstracción, puede hacer que la representatividad legal devenga disfuncional para la negociación colectiva.

<sup>398</sup> Es lo que RODRÍGUEZ-PIÑERO ("Sobre la representatividad sindical", cit., p. 18) denomina "representatividad interna", para diferenciarla de la institucional o "externa", caracterizada por su mayor abstracción.

<sup>399</sup> Hasta ahora ha desempeñado tan sólo una función de verificación de la existencia de un interés legítimo (en el ámbito de referencia), bien para el planteamiento de conflicto colectivo o impugnación de convenios, bien para la convocatoria de huelga. En materia de negociación colectiva, sin embargo, su escaso significado contrasta con el que ostenta en otras experiencias comparadas. Así, en nuestro ordenamiento sólo encontramos puntuales referencias al mismo. Un

(aunque no de forma exclusiva) en la consistencia asociativa<sup>400</sup>, tiene una indudable potencialidad como indicador de la representatividad real<sup>401</sup>. Máxime, en aquellos casos en los que carecen de funcionalidad las restricciones y rigideces que, por su función selectora, introduce la representatividad legal, lo que es especialmente significativo en el caso de la negociación colectiva de eficacia limitada<sup>402</sup>.

Esta línea doctrinal apuntada debería tener el correspondiente refrendo legal dentro del marco, más general, de una regulación específica donde el convenio colectivo de eficacia limitada, como tipo convencional específico, tuviese la consideración que merece su condición de fuente formal del derecho. De este modo, otorgando carta de naturaleza al doble régimen convencional, la ley evitaría que este tipo de convenio estuviese sometido a los vaivenes contractualistas de una incierta jurisprudencia ordinaria.

---

ejemplo se halla en el RD 572/1982, de 5 de mayo, donde se utiliza para rebajar los requisitos de legitimación necesarios, es decir, se trata de exigir una representatividad suficiente, aunque "medida con reglas especiales" (GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 95).

<sup>400</sup> Hay que destacar que, a pesar de no tener un significativo refrendo legal, éste era precisamente el criterio de medición de representatividad contemplado en el AMI (VALDÉS DAL-RÉ, "Representación...cit.", p. 150). En consecuencia, como señala ESCUDERO RODRÍGUEZ (La representatividad...cit., p. 172), al ser un "concepto creado e impulsado básicamente por la jurisprudencia constitucional" (v. las sentencias citadas por el autor), se configura como un concepto jurídico indeterminado que puede ser integrado por una diversidad de indicios más o menos relevantes. Así, además del nivel y ámbito de afiliación, se tienen en cuenta una serie de datos reveladores de su "audiencia y prestigio", tales como actividad sindical desarrollada, la existencia de secciones sindicales en la empresa, la antigüedad, la influencia o grado de actividad sindical, etc.

<sup>401</sup> Por ello, como señala GARCÍA MURCIA (Organizaciones...cit., p. 96), guarda cierta analogía con la noción de suficiente representatividad, "puesto que ambas se resuelven en la concesión de una legitimación específica", aunque "existen entre ellas diferencias insalvables, centradas sobre todo en su delimitación y en la posición jurídica que atribuyen".

<sup>402</sup> A favor de esta solución se manifiesta ESCUDERO RODRÍGUEZ (La representatividad...cit., p. 173). Para este autor, por el contrario (y a pesar de algún que otro pronunciamiento jurisprudencial discordante), no sería adecuada su utilización en la negociación colectiva de eficacia general (p. 172, esp. n. 376).

#### 2.2.2.1.2.- El deber de negociar de buena fe.

Tampoco la obligación legal de negociar puede entenderse referida a los convenios de eficacia limitada<sup>403</sup>. A pesar de su indiscutido carácter promocional, su configuración legal, directamente conectada con el régimen jurídico del convenio colectivo de eficacia general (señaladamente, con las reglas sobre legitimación<sup>404</sup>), imposibilita una interpretación extensiva al efecto. En el fondo, con el deber de negociar no se promueve genéricamente la negociación colectiva como fuente material<sup>405</sup>, sino un tipo convencional (fuente formal) resultante de la misma. El privilegio que el legislador ha otorgado a este tipo de convenio se ha visto acompañado, en buena lógica, por mecanismos que fortalezcan tal predilección.

Ello no supone, sin embargo, que los sujetos que decidan afrontar la negociación de un convenio de eficacia limitada no cuenten con medios para forzar a la contraparte al inicio de las negociaciones. En última instancia, el deber legal de negociar no es otra cosa que un plus otorgado por el legislador para favorecer la supresión de reticencias por

---

<sup>403</sup> SALA FRANCO, Los convenios colectivos...cit., p. 26-27; MONTALVO CORREA, "Estudio..."cit., p. 211; MARTÍNEZ EMPERADOR, "Las partes..."cit., p. 57.

<sup>404</sup> Y, no tanto, con las que disciplinan su contenido, a pesar de que, como demuestra la experiencia comparada (EEUU, principalmente), la conexión es evidente (v., en general, CABEZA PEREIRO, op. cit., passim).

<sup>405</sup> A no ser que se conciba el deber de negociar como correlativo al derecho a negociar constitucionalmente proclamado (así, MARÍN CORREA, "Sucesión..."cit., p. 52). Sin embargo, como hemos advertido (v. ut supra, Cap. III.2.3), la configuración constitucional de la negociación colectiva como fuente trasciende de su formulación normativa como derecho, realizada a los únicos efectos de su protección jurídica. En todo caso, esta configuración constitucional supera la clásica dicotomía derecho/deber, propia de la teoría de las obligaciones y, en consecuencia, claramente inadecuada para ser objeto de una extrapolación conceptual al ámbito del derecho colectivo del trabajo.

alguna de las partes. Pero en un sistema jurídico como el nuestro, donde el principio de autonomía colectiva no sólo está consagrado, sino amparado en todos sus extremos, los sujetos sociales disponen de mecanismos suficientes de autotutela para hacer efectivo el desplie de la potencialidad ordenadora de la fuente negocial<sup>406</sup>.

Evidentemente, ello podría derivar en un aumento de la conflictividad y, en consecuencia, en un desgaste excesivo de la fuerzas sociales que intentasen la negociación de eficacia limitada. Pero tal conclusión no es más que una hipótesis que parte de dos presupuestos no demostrados. En primer lugar, un prejuicio sobre la existencia de una mayor proclividad sindical en la utilización de este cauce negocial que, en ningún caso, estaría objetivamente justificada. En segundo lugar, una especial animadversión empresarial frente a este tipo de negociación que aumentase su oponibilidad al inicio de negociaciones. La disponibilidad de este instrumento convencional no significa, en ningún caso, su necesaria utilización. Corresponde a las partes efectuar el necesario juicio de oportunidad atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso y, ponderando ventajas o inconvenientes, plantear a la contraparte el tipo de negociación que consideren más adecuada a su estrategia. En un sistema maduro de relaciones laborales, el ordenamiento jurídico debe limitarse a proporcionar a los sujetos colectivos los cauces y mecanismos de actuación necesarios. Lo demás debe corresponder a los respectivos ámbitos de responsabilidad que deben ser asumidos.

De lege ferenda, sin embargo, parece que sería aconsejable, dentro del establecimiento de un marco jurídico

---

<sup>406</sup> Destacando la virtualidad del reconocimiento del derecho de huelga "en su vertiente de impulso al proceso negociador", MARTÍN VALVERDE: "Los límites...cit., p. 66.

global para los convenios colectivos de eficacia limitada, la introducción de una medida promocional como la que comentamos. Sólo así, precisado contextualmente en su contenido y alcance, tendría cabida un deber de negociar convenios colectivos de eficacia limitada que, siendo compatible con el modelo constitucional, únicamente de este modo podría deducirse (mediatamente) de aquél<sup>407</sup>.

Mientras tanto, será la jurisprudencia la que deba establecer cuándo la existencia de un sujeto, sin "legitimación" estatutaria, pero con una suficiente implantación en un determinado ámbito, puede verse amparado por una hipotética obligación de negociar. Y ello, no tanto derivado de una discutible extrapolación de la norma estatutaria, cuanto de la consideración de la negativa a negociar como una práctica antisindical<sup>408</sup>.

#### 2.2.2.1.3.- La adhesión y la extensión en la negociación colectiva de eficacia limitada.

Desde una perspectiva estrictamente formalista, habría que negar rotundamente la aplicabilidad del artículo 92 ET a los convenios colectivos extraestatutarios. Su inclusión en el Título III ET<sup>409</sup> y la imposibilidad de deducir una interpretación flexible del precepto que tuviera la virtualidad de admitir, siquiera sea implícitamente, una aplicación analógica del mismo a dichos convenios, serían argumentos suficientes para desdeñar tal hipótesis. Pero,

---

<sup>407</sup> En este sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ ("El deber...cit., 47).

<sup>408</sup> Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El contenido...cit., p. 603-604. En este sentido, CABEZA PEREIRO, op. cit. p., 101-102.

<sup>409</sup> Para algunos autores, a pesar de no partir de posiciones formalistas, este es motivo suficiente para la no aplicación del precepto a los convenios colectivos de eficacia limitada (así, SALA FRANCO, Los convenios...cit., p. 27). Ello es debido a la inicial exigencia de buscar un régimen propio a esta figura convencional y, al mismo tiempo, a la necesidad de que éste fuera alternativo al estatutario.

como hemos visto, siendo respetable, no es la posición metodológica que aquí adoptamos.

Admitida la regularidad jurídica de los convenios colectivos de eficacia limitada no deja de ser paradójico el empeño por deslindar escrupulosamente ambos sistemas de negociación<sup>410</sup>, sobre todo, si tenemos en cuenta su común fundamento material en la negociación colectiva reconocida constitucionalmente como fuente del derecho. En el caso que nos ocupa, la función de ambas figuras no se ve alterada por el alcance subjetivo que pueda tener el convenio colectivo en cuestión. Si esta función consiste en la cobertura de vacíos de regulación convencional, no se explica la pretensión de reducir el alcance objetivo del precepto estatutario, pues se estaría contraviniendo injustificadamente la propia finalidad del mismo.

En primer lugar, en lo que se refiere a la adhesión contemplada en el artículo 92.1 ET y haciendo abstracción de figuras afines<sup>411</sup>, la mencionada analogía funcional no ofrece lugar a dudas: con independencia del instrumento convencional elegido, de lo que se trata es de regular las relaciones de trabajo de una serie de trabajadores que carecen de norma

---

<sup>410</sup> Así, se habla de una especie de "principio de intangibilidad del modelo estatutario de negociación" (OLARTE ENCABO, op. cit., p. 210) que, sin embargo, debe ser matizado a la vista del juego de la negociación colectiva extraestatutaria en relación con la materia que nos ocupa (ib.).

<sup>411</sup> Se descartan los supuestos de adhesiones unilaterales, sean individuales o colectivas, a convenios colectivos de eficacia limitada. La paulatina admisión de la viabilidad jurídica de las primeras, cuyo espaldarazo definitivo vino dado por la STC 108/89, de 8 de junio, no significa, sin embargo, que el convenio colectivo extraestatutario pueda devenir estatutario (en contra, OJEDA AVILÉS, "Pactos colectivos de eficacia limitada y vacíos de negociación en Andalucía", en Negociación colectiva y Comunidades Autónomas, TECNOS-MADRID, 1990; p. 200), pues aquella técnica nada tiene que ver con el derecho colectivo del trabajo (VALDÉS DAL-RÉ, "Configuración...cit., p. 125 ss.) y, por lo tanto, no puede afectar a la tipología de fuentes convencionales. Por lo que respecta a las adhesiones colectivas (v. sobre el tema, VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., p. 120), la ausencia de bilateralidad evita cualquier conexión con la negociación colectiva como fuente del derecho.



colectiva<sup>412</sup>. Que el convenio objeto de adhesión sea de eficacia general o de eficacia limitada es irrelevante a estos efectos, toda vez que de lo que se trata es de traer a colación un determinado contenido regulador. Si las partes que efectúan dicha operación traslativa cumplen los requisitos del ET, principalmente en lo que se refiere a la legitimación negocial, la eficacia subjetiva del convenio por adhesión será general, siendo limitada en caso contrario, y ello con independencia de la eficacia ostentada por el convenio objeto de adhesión<sup>413</sup>. A estas consecuencias se reduce la diversidad de régimen jurídico de la adhesión en relación a uno u otro tipo convencional.

Por lo que respecta a la extensión, atendiendo igualmente a su función, no se ve inconveniente alguno para que el texto convencional susceptible de ser extendido no pueda ser el de un convenio colectivo de eficacia limitada, toda vez que se hace abstracción del poder colectivo concurrente. En definitiva, siendo la extensión una manifestación del poder estatal, lo único a valorar será la idoneidad de un determinado contenido regulador para ordenar un ámbito concreto de relaciones de trabajo. Efectuada este juicio de oportunidad por la autoridad correspondiente, carece de trascendencia alguna la eficacia subjetiva del convenio seleccionado.

---

<sup>412</sup> En parecidos términos, VALDÉS DAL-RE, "La adhesión...cit.", p. 506. Sobre los fines de la adhesión, en general y de la estatutaria, en particular, v. RABANAL CARBAJO "La adhesión...cit.", p. 125 ss. y 129-130, respectivamente.

<sup>413</sup> Para algunos autores, sin embargo, las consecuencias de esta incomunicabilidad entre uno y otro tipo de convenio son más trascendentes. Ello se debe a que parten de la identificación dicotómica, ya criticada, entre eficacia limitada/naturaleza contractual y eficacia general/naturaleza normativa. De esta manera, tomando como elemento central la legitimación negocial, nunca podría transferirse, haciendo abstracción de ella, la naturaleza "contractual" o "normativa" del convenio objeto de adhesión (así, OLARTE ENCABO, op. cit., p. 214). Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la común naturaleza normativa de ambos tipos convencionales (lo que se deriva del propio hecho de ser fuentes formales del derecho), reduce el alcance de la incomunicabilidad al único elemento distintivo: la eficacia subjetiva, general o limitada.

#### 2.2.2.2.- Las garantías materiales y el convenio colectivo de eficacia limitada.

En términos generales, no habría impedimento alguno para considerar aplicables a los convenios colectivos de eficacia limitada los preceptos estatutarios referidos a las garantías materiales. En efecto, referidos al que hemos denominado elemento objetivo de la normatividad del convenio colectivo, sólo aquéllos preceptos que, como el artículo 84 ET, guardan una relación directa con el plus de eficacia subjetiva que la ley otorga al convenio colectivo "estatutario" resultarían inaplicables<sup>414</sup>. Por el contrario, aquellos otros que se refieren al contenido convencional en tanto que objetivización del poder normativo colectivo, y que ponen en conexión aspectos tan consustanciales al mismo como la intangibilidad y la temporalidad, resultarían plenamente aplicables a todo convenio colectivo, sin que su diferente eficacia subjetiva (limitada o general) pueda ser causa suficiente para impedir tal aplicabilidad.

De este modo, preceptos como el artículo 82 ET, dirigidos a definir los rasgos esenciales del convenio

---

<sup>414</sup> Favorable a la aplicabilidad de la reglas contenidas en el reformado art. 84 ET se muestra, no obstante, MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 97 ss.) que justifica su cambio de criterio al respecto precisamente en la incidencia de la reforma sobre los argumentos que sustentaban su no aplicabilidad. Como señala este autor, a pesar de que esta última posición ha sido la generalmente admitida por la doctrina y jurisprudencia, "poderosos factores de descentralización de la negociación colectiva introducidos en la reciente reforma legislativa han suprimido o atenuado el rigor de la legislación precedente", lo que, junto a razones de diversa índole, hacen que dicha opción hermenéutica aparezca ahora como "innecesaria y disfuncional". Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto, el carácter de NSP de las reglas del art. 84 ET directamente vinculadas a la función conferida al convenio colectivo de eficacia general como tipo específico y, en consecuencia, su conexión directa con el resto de los elementos subjetivos, materiales y procedimentales que integran la estructura normativa del mismo, hacen difícilmente extensibles su aplicación a los convenios colectivos de eficacia limitada.

colectivo como norma<sup>415</sup> (y no sólo del convenio colectivo de eficacia general<sup>416</sup>); el artículo 83.1 ET, expresivo de la libertad de elección de unidad de negociación, el artículo 85 ET, referido al contenido<sup>417</sup>; o el artículo 86, referido a la vigencia<sup>418</sup>, y con las matizaciones anteriormente apuntadas, podrían ir referidos, indistintamente, a uno u otro tipo convencional. En la medida en que tratan de efectuar un equilibrio (y sólo en tanto que persigan esta finalidad) entre los dos elementos definidores del convenio como norma jurídica (intangibilidad y temporalidad), se trataría de un conjunto de normas sobre la producción jurídica<sup>419</sup> que, con independencia de su perfectibilidad,

---

<sup>415</sup> Y por tanto, con la consiguiente depuración de la regulación de las "cláusulas de descuelgue" introducida por la reforma (párrafos 2º y 3º del apartado 3), cuya disfuncionalidad (y dudosa constitucionalidad) ya ha sido puesto de manifiesto (v. ut supra). Como se ha advertido, ello no quiere decir que los sujetos colectivos no puedan pactar este tipo de cláusulas. Lo que ha sido objeto de crítica es el hecho de que sea la ley la que imponga su establecimiento como contenido obligatorio. En todo caso, la no aplicabilidad de estas cláusulas a los convenios de eficacia limitada, trae como consecuencia directa que, "paradójicamente, (...) tenga mayor fuerza vinculante en materia salarial un pacto extraestatutario de sector, que cobra eficacia personal generalizada a través de la técnica de las adhesiones individuales de los trabajadores, que la <<expresión típica>> de la negociación colectiva" (BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 110).

<sup>416</sup> Y a pesar de que una discutible interpretación literal, precisamente la que defiende el fundamento estatutario de los convenios colectivos "extraestatutarios", contemple el artículo 82.3 ET como un precepto de aplicación exclusiva a los convenios colectivos "estatutarios". Obsérvese que el mencionado precepto tiene como función concreta destacar la fuerza vinculante del convenio (intangibilidad) mientras que esté vigente (temporalidad), y ello con independencia que cuál sea su "ambito de aplicación".

<sup>417</sup> Como hemos apuntado, a pesar de la dicción del precepto, la ausencia de un verdadero contenido mínimo sólo traería consigo una valoración negativa desde la perspectiva de los convenios colectivos de eficacia general. Para los convenios colectivos de eficacia limitada bastaría con el establecimiento de un contenido indicativo o facultativo, y ello sin menoscabo de su indiscutible vocación de ser una norma completa, carácter que define genéricamente a todo convenio colectivo como tipo normativo.

<sup>418</sup> La amplia disponibilidad colectiva que introduce la reforma del art. 86 ET (v. ut supra), reduce considerablemente el alcance del precepto, acercando el régimen de vigencia del convenio a la libertad negocial hasta ahora sólo predicable de los convenios colectivos de eficacia limitada. En todo caso, en tanto que garantice el mencionado equilibrio entre intangibilidad y temporalidad, toda referencia normativa será aplicable a ambos tipos de convenios.

<sup>419</sup> Entre las cuales habría que incluir otras concordantes, tales como el art. 11. c RDLRT que, estableciendo un deber de paz relativo, vendría a corroborar la función de la ley en aras de garantizar la intangibilidad de la norma convencional durante su vigencia. En este sentido, reconociendo la aplicabilidad del mencionado precepto a los convenios colectivos de eficacia limitada, SALA FRANCO, Los convenios colectivos...cit., p. 29.

podrían ir referidas a los convenios colectivos de eficacia limitada, ya que la normatividad también es predicable de éstos<sup>420</sup>.

#### 2.2.2.3. - Las garantías formales y el convenio colectivo de eficacia limitada.

La aplicación de las reglas contenidas en el art. 90 ET a los convenios colectivos de eficacia limitada tiene, como cuestión preliminar, dilucidar la función de las mencionadas normas. Más en concreto, se trataría de averiguar si se conectan con la eficacia normativa del convenio colectivo o sólo con la eficacia general de los estatutarios. De este modo, únicamente la verificación de la primera hipótesis permitiría la mencionada aplicación analógica. Sin embargo, como es obvio, toda discusión al respecto no podría eludir el debate de fondo acerca de la naturaleza y eficacia de los convenios colectivos de eficacia limitada. De tal manera, la propia discusión debe partir de un presupuesto: el reconocimiento de la normatividad de todo producto convencional, dejando de lado las tesis de índole contractualista<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> De esta manera, como es obvio, estarían en contra de esta aplicabilidad tanto aquéllos que defienden la naturaleza contractual de este tipo de convenios, como los que, aún negándola, intentan salvar los escollos de tal posición mediante fórmulas intermedias que no llegan a reconocer estrictamente la normatividad del mismo (v. sobre esta polémica, *ut supra*, Cap. II.3.3).

<sup>421</sup> Desde estas posiciones, es evidente que nunca podrá iniciarse siquiera la discusión apuntada, ya que se parte de la aplicación indiscutida del Código civil a este tipo de convenios. No olvidemos que, desde esta perspectiva, el convenio colectivo de eficacia limitada no crea derecho objetivo, sino "simples derechos subjetivos amparados por el Derecho común" (CAMPOS ALONSO, "Validez...cit.", p. 138). En todo caso, incluso concibiendo lo contractual como faceta "genética" de un convenio colectivo indiscutiblemente normativo (como lo es el estatutario), una desproporcionada relevancia de este dato introduciría distorsiones y, en última instancia, haría incoherente al propio sistema de control jurisdiccional del convenio colectivo (sobre el tema, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El control...cit.", p. 227-229).

Como quiera que esta es la posición que aquí mantenemos, conviene centrarse en la caracterización funcional de las reglas señaladas, y ello, con independencia de otras consideraciones más o menos formales<sup>422</sup>.

En primer lugar, en relación con las normas contenidas en los cuatro primero apartados del artículo 90 ET, se ha puesto de manifiesto su inequívoca función de garantizar la efectividad de la norma convencional negociada. Para ello se le impone a la Administración Laboral la carga de desarrollar una serie de actividades formales encaminadas a cumplir dicho objetivo. No podría ser de otra manera: si, por mandato constitucional, la ley debe garantizar la fuerza vinculante del convenio colectivo, uno de los medios debe ser, sin duda, proveer la existencia de estos mecanismos de publicidad y encomendar la tarea al órgano que se estime adecuado. Como quiera que la efectividad es vocación de cualquier norma jurídica, si la publicidad es, principalmente, un medio para garantizarla, no hay razón para negar la aplicación de estas previsiones a los convenios colectivos de eficacia limitada, máxime si no se aprecia una conexión con el rasgo de la eficacia general<sup>423</sup> que sea suficiente para justificar una aplicación exclusiva a los convenios colectivos estatutarios<sup>424</sup>. En todo caso, la inactuación administrativa

---

<sup>422</sup> Por ejemplo, aquellas que destacan la literalidad del art. 90.1 ET: "Los convenios colectivos a que se refiere esta Ley ha de efectuarse por escrito...". Por el contrario, dando una relevancia decisiva a este dato a efectos de aplicación del precepto, v., entre otros, CAMPOS ALONSO, "Vaalidez...cit., p. 137).

<sup>423</sup> En este sentido, DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 229.

<sup>424</sup> De este modo, una eventual negativa por parte de la Autoridad Laboral a publicar este tipo de convenios constituiría "un ilícito administrativo sancionable conforme a derecho, sin perjuicio de que la jurisdicción contenciosa ordene, en su caso, la publicación" (DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 229). Como destaca SALA FRANCO (Los convenios...cit., p. 32), en la práctica se ha procedido a la publicación de este tipo de convenios, si bien con fundamento legal en el art. 1.c. del RDL 5/1979, de 26 de enero.

no afectaría a la validez de la norma convencional<sup>425</sup>

En segundo lugar, por las mismas razones de fondo, no existe ningún obstáculo para que el pre-control de legalidad e ileividad previsto en el artículo 90.5 ET se aplique a los convenios colectivos de eficacia limitada<sup>426</sup>, si bien con las limitaciones anteriormente apuntadas. Como toda norma, la susceptibilidad de este tipo de convenio para someterse al control abstracto de legalidad es indudable. La valoración que efectúe el órgano judicial debe llevarse a cabo con parámetros propios de valoración de las normas jurídicas, lo que vale también para los supuestos de control indirecto<sup>427</sup>. Cualquier otra solución sería, además de distorsionante, pues introduciría elementos de juicio inapropiados, incompatible con la inequívoca función normativa que la CE confiere a la negociación colectiva.

---

<sup>425</sup> En este sentido, aunque sólo referido al depósito (no a la publicación), DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 229.

<sup>426</sup> En contra, SALA FRANCO, Los convenios colectivos...cit., p. 32. Sostener que es la eficacia general del convenio la que justifica el control jurisdiccional (MONEREO PÉREZ, art. cit., p. 531; RABANAL CARBAJO, op. cit., p. 30), significa, no sólo obviar el carácter normativo del convenio colectivo de eficacia limitada, sino, además, desconocer la dimensión objetiva de éste tipo de procedimiento.

<sup>427</sup> Aunque no con la claridad que sería de desear, nuestro ordenamiento se ha hecho eco de las exigencias impuestas por la común naturaleza de los diversos productos convencionales. Muestra de ello es la actual redacción del art. 150.1 LPL, de la que se deduce, además, una extensión del control jurisdiccional por esta vía a los acuerdos de empresa (BAYLOS GRAU/CRUZ VILLALÓN/FERNÁNDEZ LÓPEZ, Instituciones...cit., p. 229).

### 2.3.- LOS ACUERDOS COLECTIVOS COMO CONJUNTO DE FUENTES TÍPICAS.

La negociación colectiva, como fuente material del derecho del trabajo, no sólo encuentra expresión normativa a través del convenio colectivo. La formalización jurídico-positiva del poder colectivo puede adoptar otros cauces para desplegar su tendencial función ordenadora de las relaciones de trabajo. La propia dinámica del sistema de relaciones laborales es precisamente la que impone a sus protagonistas una modalización objetiva en el ejercicio de sus funciones ordenadoras y, en consecuencia, exige el establecimiento de instrumentos reguladores acordes a esas necesidades<sup>428</sup>.

Por ello, junto al convenio colectivo como fuente típica de ordenación global de las relaciones laborales en un ámbito determinado, nos encontramos con otros instrumentos de regulación colectiva<sup>429</sup> que responden a unas necesidades ordenadoras distintas<sup>430</sup>. Estas fuentes formales del derecho diversas al convenio colectivo pueden agruparse en torno a

---

<sup>428</sup> Labor a la que no puede ser ajena la ley, habida cuenta de la función que le ha sido asignada por la CE en la garantía del derecho a la negociación colectiva. Entendida ésta "en el sentido amplio del término", un redimensionamiento de sus tradicionales funciones normativas se traduce, ineludiblemente en una diversificación de instrumentos de ordenación que, lejos de poder ser desconocida por la ley, exige de ésta el apoyo a su proceso de formalización jurídica (en este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994", cit., p. 37).

<sup>429</sup> Sobre la importancia que han ido adquiriendo este tipo instrumentos, puesta de manifiesto tanto por su proliferación en la práctica negocial como por la correlativa atención prestada por la jurisprudencia y la doctrina, v. GARCÍA MURCIA, "Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia de los pactos colectivos atípicos", cit., p. 403.

<sup>430</sup> V., como ejemplo ilustrativo al respecto, los trabajos de SALA FRANCO/PÉREZ DE LOS COBOS/GOERLICH PESET contenidos en el volumen colectivo, Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, ACARL-MADRID, 1989.

la genérica categoría de los acuerdos colectivos<sup>431</sup> que, como tal, no integraría un tipo concreto de norma convencional, sino varios, cada uno de ellos representativo de una función normativa diferente en el sistema de fuentes. Común a todos ellos es, en primer lugar, el carácter de norma jurídica, rasgo que comparten con el convenio colectivo, al ser todos ellos manifestaciones de un idéntico poder normativo colectivo. Como contrapunto, dicho carácter estará supeditado a la verificación de la existencia del quantum de poder negociador exigido por el nivel de negociación<sup>432</sup>.

Partiendo de su común naturaleza de productos de la negociación colectiva, los acuerdos colectivos se van a diferenciar del convenio colectivo, no obstante, por no tener como objetivo la regulación del conjunto de los aspectos potencialmente regulables en un determinado ámbito negocial; es decir, por carecer de la, anteriormente citada, vocación de ser norma completa, propia de los convenios colectivos. Antes al contrario, como tipos normativos específicos, su elemento definidor viene dado por su función reguladora

---

<sup>431</sup> La denominación, sin embargo, es la primera manifestación de las controversias doctrinales en torno a esta figura, si bien su importancia se relativiza bastante a la vista del conjunto de la problemática que suscitan (GARCÍA MURCIA, "Criterios...cit., p. 404). Por ello, con independencia de la diversa nomenclatura utilizada (v., al respecto, la propuesta clasificatoria de OJEDA AVILÉS, "Delimitación de los acuerdos...cit., p. 253 ss.), lo importante es verificar la coherencia interna entre continente y contenido.

<sup>432</sup> No hay que olvidar que, en principio, el acuerdo colectivo como categoría negocial genérica puede celebrarse en cualquier nivel de negociación, lo que, además, queda corroborado por las referencias legales a los mismos (v., al respecto, haciendo especial referencia a los acuerdos de fin del conflicto, OJEDA AVILÉS, "Delimitación...cit., p. 258). Especialmente ilustrativa al respecto es la mención a los "acuerdos" contenida en la nueva redacción del art. 84 ET, donde aparecen configurados de forma alternativa a los convenios (la disyuntiva "o" no ofrece lugar a dudas) como instrumentos de regulación colectiva de ámbito supraempresarial, no identificables con los acuerdos interprofesionales del art. 83 ET (en este sentido, trayendo a colación el debate parlamentario al respecto, OJEDA AVILÉS, art. ult. cit., p. 259). De ahí que tenga sentido la diferenciación entre convenio y acuerdo efectuada en el artículo 84 ET, a pesar de que para ambos se exijan idénticos requisitos de legitimación. La razón de aplicar esta exigencia legitimadora en relación con los acuerdos no es otra que la intención del legislador de otorgarles a esos acuerdos eficacia general. Esta pretensión, lógica si se tienen en cuenta las exigencias planteadas por el contexto normativo de referencia, no podría dejar de ser explícita, toda vez que, tratándose de ámbitos supraempresariales, la eficacia general no resulta tan "natural" como en el caso de los acuerdos de empresa.



parcial, es decir, por tener como objeto la ordenación de aspectos concretos del conjunto de las relaciones laborales en cuestión<sup>433</sup>. La proyección de esta función sobre el contenido va a traer como consecuencia que éste, como poder normativo objetivizado, devenga a la postre el elemento central en la diversificación tipológica, no sólo entre convenios y acuerdos, sino de éstos entre sí.

Siendo la función el elemento que justifica y caracteriza su peculiaridad dogmática<sup>434</sup>, es evidente que su consolidación tipológica en el sistema de relaciones laborales se debe a exigencias funcionales no satisfechas por el convenio colectivo. De este modo, siguiendo un proceso de configuración jurídica paralelo al del convenio colectivo, es la acción conjunta, más o menos sintonizada, entre la práctica negocial y la ley la que ha ido favoreciendo su cristalización como categoría jurídica específica. El diferente desarrollo de este proceso en los diversos ordenamientos jurídicos se corresponde con distintos niveles de evolución del sistema jurídico y, especialmente, con el grado de madurez de los propios protagonistas de dicho sistema. Así, la mayor o menor formalización de los procesos negociadores conducentes a la elaboración de este tipo de normas va a ser una variable dependiente de la actividad desplegada al efecto por aquellos protagonistas, es decir, por el nivel de institucionalización con el que hayan dotado a sus recíprocas relaciones.

En nuestro país, asistimos en la actualidad a una revitalización de este tipo de tendencias

---

<sup>433</sup> En este sentido, destacando el dato funcional como decisivo en la aludida diferenciación tipológica, MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 40.

<sup>434</sup> No olvidemos que, según nuestra propuesta metodológica, es la función la que define la estructura del sistema jurídico en su conjunto y de cada uno de sus componentes.

institucionalizadoras que, proyectado sobre el ámbito del sistema de fuentes de derecho del trabajo, se concreta en la voluntad legislativa de promocionar determinados cauces de regulación colectiva distintos y alternativos al convenio. Esto no quiere decir que con anterioridad a la intervención legal este tipo de cauces estuviesen cerrados. Aparte de la existencia de las referencias, siempre puntuales, que aparecían en los textos legislativos<sup>435</sup>, la negociación colectiva representa una vía, siempre expedita, para el establecimiento de este tipo de instrumentos<sup>436</sup>.

En consecuencia, la acción del legislador reformista hay que inscribirla en el contexto de una clara apuesta por la negociación colectiva<sup>437</sup> que, necesariamente, habría de llevarle a terciar en el tímido proceso autónomo de juridificación formal de este tipo de normas. Ello ha supuesto una relevante, aunque insatisfactoria, intervención legislativa en la procedimentalización de la producción de alguno de ellos. Es el caso de los acuerdos de empresa donde la actividad promocional del legislador se ha plasmado en un considerable aumento de las normas que rigen su proceso creativo.

Situados en esta fase de estudio del modelo legal de negociación colectiva, son las normas sobre la creación

---

<sup>435</sup> Una enumeración de las mismas en OJEDA AVILÉS, Derecho Sindical, cit., p. 628 ss.

<sup>436</sup> Como señala GARCÍA MURCIA ("La función...cit., p. 41), "con bastante frecuencia lo que conocemos como acuerdos de empresa ha tenido su origen en las previsiones de un convenio colectivo típico, que lo ha contemplado como instrumento de desarrollo, complemento o ejecución de sus cláusulas, muchas veces formuladas con carácter genérico y necesitadas, en consecuencia, de concreción en ámbitos más reducidos". En general, la virtualidad de la negociación colectiva para ordenar, mediante un conjunto de NSP autónomas, la creación jurídica de este tipo de instrumentos negociales ha encontrado refrendo en la jurisprudencia del TC (por todas, v. la STC 184/1991, de 30 de Septiembre).

<sup>437</sup> Como ha puesto de manifiesto GARCÍA MURCIA ("La función...cit., p. 43), se trata de una figura en la que "se manifiestan y confluyen los grandes principios inspiradores de la reforma".

jurídica de origen heterónomo las que, precisamente, ahora nos interesa examinar, y ello, sin perjuicio de que la intervención legislativa ha comportado un simultáneo, y a veces, difícilmente escindible, establecimiento de normas aplicativas<sup>438</sup>. El análisis de los diversos tipos de acuerdos colectivos versará, en consecuencia, sobre aquéllos que han sido objeto de atención específica por el legislador, y ello, con independencia de la intensidad de la misma. De este modo, nuestro examen se limitará a valorar el concurso del legislador en la configuración del régimen jurídico aplicable a cada uno de los tipos de acuerdos que contempla. En concreto, serán objeto de estudio como categorías normativas específicas, el acuerdo de empresa (2.3.1), el acuerdo interprofesional (2.3.2) y el acuerdo de fin de conflicto (2.3.3).

#### 2.3.1.- El acuerdo de empresa.

La atención doctrinal suscitada en torno a los acuerdos de empresa<sup>439</sup>, sin ser nueva<sup>440</sup> (pues tampoco lo es

---

<sup>438</sup> Sobre estas normas aplicativas, rectoras de las relaciones entre los diversos productos convencionales, v. *infra*, 3.3.

<sup>439</sup> A falta de una explícita referencia legal, la denominación es fruto de una especie de "convención doctrinal, ciertamente de gran tradición en nuestro sistema, utilizada con frecuencia por la práctica jurisdiccional y de indudable fortuna en su carga expresiva" (GARCÍA MURCIA, "La función...cit.", p. 39). Mayor consolidación dogmática se percibe en derecho comparado, donde hay ya una larga tradición doctrinal en el estudio de esta figura. Así, entre la doctrina francesa, destacan los trabajos de JAVILLIER: "Négociations e accords d'entreprise en matière de rémunération", DS-1/88, p. 68 ss.; SAVATIER: "Les accords collectifs d'intéressement et de participation", DS-88, p. 89 ss.

<sup>440</sup> Con anterioridad a la reforma encontramos referencias a la problemática jurídica suscitada por los mismos en, OJEDA AVILÉS: *Derecho Sindical*, cit., p. 626 ss.; PRADOS DE REYES: "Acuerdos informales de empresa: tipificación y eficacia jurídica. Valor frente a condiciones más beneficiosas", RL-13/91, p. 85 ss.; GARCÍA MURCIA: "Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos", AL-23/92, p. 403 ss.; GOERLICH PESET: "Los pactos informales de empresa"; PÉREZ DE LOS COBOS: "Los pactos de reorganización productiva", ambos en *Manifestaciones...cit.*, pp. 81 ss. y 143 ss., resp.)

la referencia legal a esta figura<sup>441</sup>), adopta una dimensión en la actualidad, después de la reforma<sup>442</sup>, sólo comparable con la que, en su día, se centró sobre los convenios colectivos extraestatutarios. Sin que ello signifique que la problemática referida a estos últimos haya concluido, el debate doctrinal sobre los acuerdos de empresa se yuxtapone al mismo, incrementando, en última instancia, los niveles de incertidumbre y confusión existentes en nuestro sistema de negociación colectiva.

En efecto, el estudio de ambas figuras, si se efectúa desde la perspectiva del sistema de fuentes del derecho<sup>443</sup>, pone de relieve las necesidades explicativas que plantea el juego de las mismas en la dinámica de las relaciones laborales<sup>444</sup>. Los importantes problemas prácticos que se plantean, nada baladíes, por cierto, sólo son resolubles, por tanto, intentando dar respuesta a dichas necesidades explicativas en un plano estrictamente teórico. Como quiera

---

<sup>441</sup> Sobre las diversas referencias legales a los acuerdos de empresa anteriores a la reforma, v. OJEDA AVILÉS, "Delimitación...cit.", p. 257-258. En todo caso, no se trataba de una figura desconocida en la práctica negocial (SÁEZ LARA, "Los acuerdos colectivos...cit.", p. 55; sobre los caracteres específicos que adoptaban estos acuerdos, GARCÍA MURCIA, "La función...cit.", p. 40-41).

<sup>442</sup> Destacan al respecto los trabajos de ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994", en La reforma de la negociación colectiva, cit., p. 167 ss.; idem: "Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa", en La reforma del mercado de trabajo, LEX NOVA-VALLADOLID, 1994, p. 38 ss.; idem: "Una nueva ordenación de poderes en las relaciones laborales" en, Reforma laboral y negociación colectiva (VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva), cit., p. 59 ss.; GARCÍA MURCIA: "Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa", DL-46/95; p. 37 ss.; SÁEZ LARA: "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", RL-11/95; p. 55 ss.; OJEDA AVILÉS: "Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos", AL-17/95, p. 253 ss.; ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO: "Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico", RL-4/95, p. 115 ss.; GORELLI HERNÁNDEZ/VALVERDE ASENCIO: "La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa", RL-22/95; p. 29 ss.; asimismo, los trabajos contenidos en el volumen colectivo El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa (AEDTSS), TECNOS-MADRID, 1996; p. 199 ss.

<sup>443</sup> Destacando las ventajas que proporciona este privilegiado "observatorio", ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit.", p. 169. Para este autor, "los acuerdos de empresa constituyen un enclave que permite ver la dialéctica entre tales fuentes y que obliga al intérprete a tomar partido en problemas que, muchas veces, tiene una difícil solución" (ib.)

<sup>444</sup> Sobre estas "dificultades de encuadramiento", v. GOERLICH PESET, "los acuerdos...cit.", p. 84 ss.

que, en relación con los convenios colectivos extraestatutarios ya se ha llevado a cabo un ensayo al efecto, gran parte de la fundamentación teórica de los acuerdos de empresa habrá de ser remitida a lo ya expuesto. No en vano, ambas figuras comparten presupuestos y perspectivas de análisis homogéneos, ya que, como fuentes formales, tienen en la negociación colectiva (como fuente material) su fundamento último<sup>445</sup>.

Ello no obstante, a diferencia de los convenios colectivos extraestatutarios, los acuerdos de empresa gozan de una nada desdeñable ventaja de partida: a pesar de que su régimen jurídico esté en zona de penumbra, al menos han sido objeto de explícitas y reiterativas alusiones legales en los diferentes Títulos del ET<sup>446</sup>. Por tanto, no pueden calificarse con propiedad de "extraestatutarios", término utilizado a veces con connotaciones peyorativas para resaltar la "alegalidad" (cuando no la "ilegalidad") de productos convencionales elaborados al margen de las previsiones legales. La degradación jurídica que lleva consigo esta (des)calificación no afecta, de este modo, a los acuerdos de empresa que, sin perjuicio de cual sea la naturaleza que finalmente se le atribuya, gozan, al menos de un indiscutible respaldo legal, lo que repercute, quizás de forma injustificada, en su pacífica admisibilidad doctrinal y jurisprudencial. No hay que olvidar que, a pesar de la

---

<sup>445</sup> Como acertadamente pone de manifiesto GARCÍA MURCIA ("La función...cit., p. 49), "a la postre, la actividad de negociación colectiva puede dar lugar a resultados diversos y cambiantes, sin necesidad de que ello cuente con previsión legal expresa, basta su mero reconocimiento para que en su flujo puedan aparecer productos variados. Sin duda su producto más típico y acabado es el convenio colectivo, entendido como aquel conjunto de reglas dirigidas a la regulación de las relaciones de trabajo en un ámbito geográfico y funcional determinado. Pero también puede manifestarse a través de otros acuerdos o pactos de carácter colectivo, muy variados tanto por su contenido y alcance como por su función específica".

<sup>446</sup> Que denota, con claridad, una decidida voluntad promocional por parte del legislador de este tipo de negociación, lo que es consustancial a su desarrollo, según revela la experiencia comparada (V., en el caso francés, SÉGUIN, "Rôle et réalité de la négociation d'entreprise...cit., p. 2 ss.),

ausencia de las mencionadas alusiones, cabía la posibilidad de utilizar este instrumento normativo<sup>447</sup> y que, después de la reforma, caben acuerdos colectivos en supuestos de regulación no contemplados por el legislador.

#### 2.3.1.1.- La función normativa del acuerdo de empresa.

Partiendo de estos presupuestos, el examen de los acuerdos de empresa no puede prescindir de un dato fundamental para la comprensión de su papel en el sistema de fuentes del derecho del trabajo: su función reguladora en el contexto del sistema de relaciones laborales<sup>448</sup>. Como tipo integrado dentro de la categoría de los acuerdos, hemos destacado como elemento definidor su contenido puntual o parcial, es decir, la ausencia de la vocación de constituir una regulación completa que se observaba en relación con el convenio colectivo<sup>449</sup>. Por otro lado, como elemento

---

<sup>447</sup> Confirmando este dato en la práctica convencional, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit.", p. 168. De este modo, a pesar de su informalidad, constituían una realidad que no podía ser obviada por la jurisprudencia (ib.).

<sup>448</sup> Por ello, más allá de constatar la diversidad de supuestos en los que es llamado a intervenir por la ley, lo importante es identificar esta función reguladora, haciendo abstracción de la configuración legal de que sea objeto, que, en cada caso, dependerá de la materia habilitada a su intervención. De este modo, sin menoscabo del valor de las clasificaciones tipológicas efectuadas (ESCUDEO RODRÍGUEZ, "Unidad...cit.", p. 171 ss., distingue entre "acuerdos novatorios" (arts. 40 y 41 ET), "acuerdos de suspensión y extinción" (arts. 47 y 51 ET), y "acuerdos subsidiarios" (arts. 22.1, 24.1, 29.1, 34.2, 34.3 y 67.1 ET), de indiscutible virtualidad explicativa, no hay que desdeñar el intento de efectuar una categorización unitaria de los acuerdos de empresa (en contra, ESCUDERO RODRÍGUEZ, art. ult. cit., p. 172, para quien, teniendo en cuenta el carácter "poliédrico" de la figura, "hablar genéricamente de acuerdos de empresa es una generalización excesiva y, por tanto, inexacta").

<sup>449</sup> Esta distinción ya fue apreciada por la doctrina con anterioridad a la reforma (MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva en España", RL-86(II), p. 260-261; PRADOS DE REYES: "Acuerdos informales de empresa...cit.", p. 87). Sin embargo, va a ser a raíz de su nueva configuración legal cuando se hace más nítida la mencionada "singularidad", GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 395. En este sentido, como no existe una diferenciación legal entre convenio colectivo y acuerdo en base a tal peculiaridad, habría que entender que todo convenio colectivo sobre materia concreta no sería otra cosa que un anexo a otro convenio colectivo vigente, cuya finalidad no es otra que la de ampliar extemporáneamente su contenido, y no la de llevar a cabo una regulación diferenciada e incluso derogatoria, función que, precisamente, define a los acuerdos de empresa. Por eso, la inclusión de los acuerdos de empresa entre las "fórmulas transitorias de integración legal" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit.", p. 94), aún

específico del tipo, es destacable el ámbito objetivo sobre el que se proyecta su función reguladora: la empresa<sup>450</sup>. Poniendo en conexión ambos elementos, se deduce que la función normativa de los acuerdos de empresa es la de servir de instrumento para efectuar regulaciones específicas y puntuales a nivel empresarial, bien respecto de materias

---

referida exclusivante a uno de los tipos de acuerdos de empresa (los llamados subsidiarios o "de suplencia"), y siendo expresiva de uno de sus rasgos funcionales, resulta insuficiente para la caracterización tipológica de estos productos convencionales. Desde otro punto de vista, admitiendo la mencionada peculiaridad (ESCUADERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit.", p. 175), sin embargo, "no se está ante un rasgo ni mucho menos decisivo" (ib.), lo que se corrobora ante la posibilidad de que existan acuerdos de empresa "de contenido plural" (art. ult. cit., p. 190). Ello no obstante, aún contemplando esta posibilidad, la dicotomía especificidad/generalidad seguiría siendo válida como criterio delimitador entre acuerdo y convenio: lo decisivo es la ausencia, en el contenido del acuerdo, de una pretensión de regulación completa del conjunto de condiciones de trabajo regulables en un determinado ámbito. Si se tratase de desplegar una actividad negociadora con vocación de regulación general de todas las condiciones laborales en el ámbito de la empresa, estaríamos en presencia de un convenio colectivo y no un acuerdo. Sobre esta distinción, consolidada en la experiencia francesa, v. SOULIER: "L'objet de la négociation", DS-90, p. 596 ss.

<sup>450</sup> Sobre las peculiaridades de la negociación en la empresa se ha ocupado especialmente la doctrina francesa. Así, v., entre otros, los trabajos de DESPAX, "La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel", DS-1/88, p. 8 ss.; idem: "Les paradoxes de la négociation d'entreprise", en Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. Lyon-Caen, DALLOZ-PARIS, 1989, p. 267 ss.; SUPLOT: "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", DS-3/89, p. 195 ss.; ROTSCHILD-SOURIAC: "Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise - quelques illustrations-", DS-11/88, p. 731 ss.; JAVILLIER: "Le contenu des accords d'entreprise", DS-11/82, p. 691 ss.; BORENFREUND: "La résistance du salarié à l'accord collectif: l'exemple des accords dérogatoires", DS 7-8/90, p. 626 ss.; LANGLOIS: "La négociation collective d'entreprise. La politique communautaire", DS 7-8/90, p. 673 ss.; BLANC-JOUVAN: "La négociation d'entreprise en droit comparé", DS-11/82, p. 718 ss.; idem: "La négociation collective d'entreprise: l'expérience des États-Unis", DS 7-8/90, p. 638 ss.; BÉLIER: "Les dérogations au droit du travail dans des nouveaux contrats d'entreprise: réflexions critiques sur certains projets", DS-1/86, p. 49 ss.; idem: "Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales", DS-88, p. 724 ss.; SÉGUIN, "Rôle et réalité de la négociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui", DS-1/88, p. 2 ss.; ADAM: "Le contexte économique et relationnel de la négociation collective dans l'entreprise", JCP-8/85 y en general, los trabajos contenidos en los números monográficos de DS 11/82 y 1/88. Entre la doctrina italiana destacan los trabajos de TREU: "La negociación colectiva de empresa: estructura y procedimiento", RL 87(I), p. 907 ss.; SCIARRA: Contratto collettivo e contrattazione in azienda, FA-MILANO, 1985; GRANDI: "L'efficacia del contratto aziendale", PD-85, p. 439 ss.; BALLESTRERO: "La négociation d'entreprise. L'expérience juridique italienne", DS 7-8/90, p. 653 ss.; asimismo, los trabajos contenidos en el volumen colectivo Contrattazione decentrata e rapporto di lavoro, GIUFFRÈ-MILANO, 1988. Entre nosotros, el tema ha sido estudiado por MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva en España", cit., p. 289 ss.; y, más recientemente, DEL REY GUANTER: La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994, TLB-VALENCIA, 1995; MARTÍNEZ ABASCAL: "La relación ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?", RL 15-16/95, p. 55 ss.

propias de convenios colectivos<sup>451</sup>, bien afectantes a la organización interna y gestión del personal en la empresa<sup>452</sup>.

El acuerdo de empresa, por tanto, como tipo normativo diferenciado del convenio colectivo, tiene como función específica la toma en consideración, a efectos de regulación, de las circunstancias concretas que concurren en cada unidad productiva. Precisamente este dato explica su auge como instrumento regulador en el contexto de un sistema de relaciones laborales cada vez más descentralizado, donde la empresa se convierte en el centro de decisión por excelencia<sup>453</sup>. Se impone, por tanto, una simultánea descentralización del poder sindical que sea capaz de dar respuesta a las nuevas exigencias planteadas. La reorganización de las estructuras sindicales debe tener como objetivo la instauración de un verdadero contrapoder en el seno de las empresas, abandonando la tradicional estrategia centralizadora que, habiendo sido en gran medida propiciada por el instituto de la mayor representatividad, ha tenido perversos efectos colaterales, tales como la burocratización

---

<sup>451</sup> En consecuencia, la función de los acuerdos sería, fundamentalmente, "suavizar el rigor de la eficacia general de los convenios colectivos" (CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue salarial...cit., p. 24). Las materias ordinariamente afectadas por estas exigencias de flexibilidad son el tiempo de trabajo y los salarios (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo", RL-14/93, p. 1 ss.), dato contrastable también en derecho comparado (v., al respecto, JEAMMAUD: "Le nouveau régime du temps de travail", DS-82, p. 305 ss.; JAVILLIER: "Negociations et accords d'entreprise en matière de rémunération", DS-88, p. 68 ss.)

<sup>452</sup> GARCÍA MURCIA, "Función...cit., p. 37-38.

<sup>453</sup> Destacando la creciente importancia de este nivel para la suerte del conjunto del sistema de negociación colectiva, v. TREU, "Cogestione...cit., p. 619. En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha efectuado una apuesta inequívoca por este nivel negociador (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva...cit., p. 83), lo que, a la vista de nuestro sistema de relaciones laborales, va a provocar una bipolarización de la estructura de la negociación colectiva. En esta misma línea de política legislativa se inserta la reforma operada en el art. 84 ET (MERCADER UGINA, op. cit., p. 228).



del sindicato<sup>454</sup> y su consecuente distanciamiento de las bases<sup>455</sup>.

En definitiva, las exigencias impuestas por la configuración actual del sistema de relaciones laborales y, particularmente, el protagonismo adquirido en el mismo por la empresa, no pueden ser obviadas en el diseño funcional de la negociación colectiva<sup>456</sup>. Antes al contrario, una valoración positiva de los nuevos elementos concurrentes<sup>457</sup> requieren, como respuesta inmediata, un reforzamiento de las estructuras organizativas del poder sindical a este nivel, única garantía de que la negociación colectiva pueda desarrollarse<sup>458</sup> y, en consecuencia, desempeñar la función reguladora que tiene encomendada<sup>459</sup>.

---

<sup>454</sup> En general, sobre las dimensiones de la llamada "crisis de la representatividad", v. NAVARO NIETO, op. cit., p. 50 ss. En términos generales, como señala este autor, "la estrategia sindical deberá tender en los próximos años hacia la diversificación, con un desarrollo simultáneo y coordinado de negociaciones en el nivel central y en los distintos niveles descentralizados" (p. 59).

<sup>455</sup> Ilustrativo al respecto es el llamado movimiento de los shop stewards ingleses (v. BLANC-JOUVAN, "La négociation...cit., p. 722). Un estudio de este problema desde la perspectiva de sus efectos sobre la integración del poder negociador en, CARRIER, op. cit., p. 84 ss. Es obvio que una falta de respuesta de los sindicatos a los nuevas exigencias organizativas puede dar lugar a una indeseable pérdida de control de los procesos negociadores y, en última instancia, a que la descentralización devenga dispersión (sobre el tema, v. NAVARRO NIETO, op. cit., p. 60-61).

<sup>456</sup> En este sentido, destacando las especificidades al respecto de la negociación a nivel empresarial, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit., p. 33.

<sup>457</sup> Como señala TREU ("Cogestione...cit., p. 619), "tales elementos atienden al contexto en el cual la empresa se debe mover, de creciente incertidumbre y turbulencia de los mercados; a las diferentes estructuras productivas y de mercado, que valorizan los aspectos cualitativos de la producción, la diversificación del producto, obligando a las empresas a competir sobre la calidad de éste más que sobre su bajo coste; a la diferente estructura de la fuerza de trabajo, cada vez más cualificada y profesionalizada y, en consecuencia, más sensible a motivaciones cualitativas".

<sup>458</sup> Para SÉGUIN ("Rôle...cit., p. 5-6) la presencia de sindicatos fuertes y bien implantados constituye uno de los condicionantes básicos para el desarrollo y de la negociación colectiva de empresa. De lo contrario, "la tendencia iría más hacia un suave declive que hacia la descentralización" (TREU, "La negociación...cit., p. 917).

<sup>459</sup> Sólo de este modo se desvanecerán los temores de que el acuerdo de empresa se convierta, en la práctica, en un modo de desregulación larvada o, en otras palabras, en una forma soterrada de potenciar el poder de dirección del empresario (sobre el tema, v. SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 60; ESCUDERO

La flexibilidad que introduce el acuerdo de empresa en el sistema de fuentes de derecho del trabajo es indudable<sup>460</sup> y, como tal, su potenciación legal debe merecer una valoración positiva, toda vez que la uniformización de las condiciones de trabajo ha dejado de ser un valor absoluto en la caracterización funcional de la negociación colectiva<sup>461</sup>. Sin embargo, la intervención del legislador en la configuración jurídica de esta figura no puede obviar ciertas limitaciones que se deducen, precisamente, de su naturaleza de producto normativo de la negociación colectiva<sup>462</sup>. En primer lugar, esta vinculación a la negociación colectiva como fuente del derecho obliga al legislador a perfilar nítidamente su régimen jurídico, principalmente en aquellos casos en los que, por la materia que se encomienda al acuerdo, pudieran suscitarse dudas acerca de su calificación como producto negocial o como práctica vinculada a fenómenos participativos<sup>463</sup>. En segundo lugar, por esa misma conexión, el acuerdo de empresa no puede configurarse legalmente como un producto negocial aislado, ajeno al contexto del sistema de negociación colectiva. Antes al contrario, su articulación con el resto de fuentes colectivas deviene inexcusable como premisa básica de ordenación jurídico-racional, impuesta por

---

RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit., p. 188; BAYLOS GRAU, "Claúsulas...cit., p. 124 ss.).

<sup>460</sup> Destacando este dato, v. SCIARRA/WEDDERBURN, art. cit., p. 64.

<sup>461</sup> Poniendo de relieve la incidencia de este dato sobre el sistema de fuentes convencionales, CASAS BAAMONDE, "<Descuelgue...cit., p. 24. En parecidos términos, RIVERO LAMAS, "Estructuras...cit., p. 56). Ello no obstante, esto no debe suponer desconocer las indudables ventajas que reporta la negociación colectiva multiempresarial (v. al respecto, el estudio comparado de SISSON, op. cit., esp., p. 34 y 166).

<sup>462</sup> Como destaca GONZÁLEZ ORTEGA, ("La reforma...cit., p. 394), "su posible factor de novedad habría que detectarlo en su naturaleza jurídica y en la relación que establezcan con los convenios colectivos en sentido propio". En este sentido, SÁEZ LARA ("Los acuerdos...cit., p. 58) pone de manifiesto cómo, en el contexto de la reforma legal, "la promoción del acuerdo de empresa se realiza a costa de una pérdida de intangibilidad del convenio colectivo, y del retroceso de la regulación heterónoma".

<sup>463</sup> De este modo se intentará solventar lo que constituye un punto de partida del examen de los acuerdos de empresa: su identidad tipológica como categoría jurídica diferenciada (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 56).

su necesaria inserción en el sistema jurídico. Veámos las implicaciones que estas premisas proyectan sobre el análisis de la intervención del legislador reformista en materia de acuerdos.

#### a) Participación y negociación colectiva en la empresa.

Entre los contenidos que han sido objeto de expresas habilitaciones legislativas en favor de los acuerdos de empresa, nos encontramos con los referidos a decisiones empresariales en materia de gestión del personal<sup>464</sup>. Tratándose de supuestos de procedimentalización del poder empresarial<sup>465</sup>, han surgido dudas acerca de la naturaleza de la intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso decisonal<sup>466</sup>. En concreto, podría pensarse que

---

<sup>464</sup> Son los acuerdos novatorios (art. 40 y 41), suspensivos (art. 47) y extintivos (art. 51), también llamados genéricamente pactos o acuerdos "de reorganización productiva" (PÉREZ DE LOS COBOS: "Los pactos de reorganización productiva", en *Manifestaciones...cit.*, p. 143 ss.; SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO: Los acuerdos o pactos de empresa, TLB-VALENCIA, 1996, p. 51 ss.). La utilización de los acuerdos para este tipo de funciones no es un hecho novedoso. Generalizada en derecho comparado (así, en la experiencia italiana y en la francesa, por todos, respectivamente, MARIUCCI, *Le fonti...cit.*, p. 68 ss., y CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, LITEC-PARIS, 1990), ya había sido prevista en nuestro país con anterioridad a la reforma, si bien, con unos perfiles diversos a los actuales (sobre el tema, ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa...cit.", p. 197). En todo caso, es destacable, como nexa común a todos ellos, el hecho de que su viabilidad jurídica está condicionada legalmente a la existencia de la misma causa habilitante: la existencia de "razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" (art. ult. cit., p. 198). Desde otra perspectiva, presentan la nota común de que "todos ellos se alcanzan, en su caso, con ocasión de una propuesta empresarial que tiene que ver con la organización del trabajo y la planificación productiva, y que, en consecuencia, afecta al personal de la empresa, ya sea porque incide en su adscripción desde un punto de vista territorial, ya sea porque modifica su sistema de trabajo, ya sea, en fin, porque implica la suspensión o extinción de su contrato" (GARCÍA MURCIA, "La función...cit.", p. 54).

<sup>465</sup> En este sentido, los acuerdos cumplen la función de "bilateralizar y hacer posible de este modo el ejercicio de decisiones organizativas que le han sido sustraídas a la sola voluntad del empresario" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel...cit.", p. 96). En definitiva, están dirigidos a buscar "el consenso con los representantes de los trabajadores en relación con decisiones difíciles de imponer a los trabajadores en un contexto de crisis y de transformación de las empresas" (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit.", p. 62).

<sup>466</sup> No hay que olvidar que, generalmente, la "noción de <<procedimentalización>> presupone que la toma de decisiones sobre la política de gestión del personal no se comparte con los trabajadores, simplemente se racionaliza mediante procedimientos de información y consulta como requisitos para la adopción de tales medidas por la dirección de la empresa" (BAYLOS GRAU,

estamos más bien ante prácticas participativas y no estrictamente negociadoras<sup>467</sup>, habida cuenta, además, de la situación de crisis empresarial que, normalmente, concurre en estos supuestos<sup>468</sup>.

Aunque la delimitación (subjettiva, objetiva y funcional) entre participación y negociación colectiva no es nada fácil<sup>469</sup>, si tenemos en cuenta la diversidad de connotaciones con que cuenta aquélla<sup>470</sup>, se hace necesario, sin embargo, valorar el significado de la adscripción de estos acuerdos

---

Derecho del Trabajo...cit., p. 92). Al efecto es ilustrativa la polémica doctrinal y jurisprudencial suscitada en torno al antiguo art. 41 ET (un resumen de la misma en GONZÁLEZ ORTEGA, "Poder de dirección...cit., p. 54 ss).

<sup>467</sup> Planteando la problemática, GARCÍA MURCIA, "La función...cit., p. 54 ss. Para este autor, con poco convencimiento, los acuerdos resultantes de estos procesos "constituyen ante todo una vía de participación o, cuanto menos, un mecanismo híbrido de negociación y participación en la empresa" (p. 55).

<sup>468</sup> En este sentido, SÁEZ LARA ("Los acuerdos...cit., p. 65-66), para quien "la identificación de un espacio de consenso o de intereses convergentes hacia ciertos propósitos ha hecho de la empresa el lugar de propuesta del desarrollo de fórmulas de participación". Se trataría, en consecuencia, de una versión "microeconómica" de la gestión concertada de la crisis "macroeconómica". Sobre la escasa atención legal a estas prácticas en derecho comparado, v., en relación con el caso francés, GAUDU: "Négociation collective au sein d'une entreprise en difficulté", DS-11/82, p. 705 ss. En todo caso, es constatable la influencia de este contexto sobre el equilibrio entre los sujetos negociadores (sobre el tema, TREU, "La negociación...cit., p. 922).

<sup>469</sup> V., al respecto, el estudio comparado contenido en el volumen colectivo, dirigido por KAHN-FREUND, La participation. Quelques expériences étrangères, CEJC-PARIS, 1976; asimismo, entre otros, DE LA VILLA GIL, La participación de los trabajadores en la empresa, IEE-MADRID, 1980; RODRÍGUEZ-SANUDO, "La participación de los trabajadores en la empresa", RPS-121/79, p. 415 ss.; ALVAREZ ALCOLEA, "Participación del trabajador en la empresa y Constitución", en El Trabajo en la Constitución (II Coloquio sobre Relaciones Laborales), cit., p. 187 ss; TREU, "Cogestione e partecipazione", GDLRI-44/89; p. 597 ss.; SELIER: "La fonction de négociation dans la codécision "simple" en Allemagne Fédérale", DS-72, p. 487 ss. Para este autor, la gestión de personal integraría la llamada "codecisión simple" y se distinguiría netamente de la "codecisión cualificada", que, referida a la gestión económica, supondría la integración de los trabajadores en los órganos de dirección de las empresas. En el primer caso, estaríamos más próximos a la negociación colectiva que a la participación. En el segundo caso, la codecisión representaría una forma típica de participación (v. sobre el tema, OJEDA AVILÉS: La cogestion de las grandes empresas en Europa, SEVILLA, 1978).

<sup>470</sup> Sobre el tema, v. KAHN-FREUND, La participation, cit., (Rapport général), p. 7 ss.; asimismo, RODRÍGUEZ-SANUDO, "La participación...cit., p. 417 ss., distingue dos bloques: la participación externa y la participación interna, según se tome o no como referencia a la empresa. Para BAYLOS GRAU ("Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles", en APARICIO/BAYLOS (Coord.): Autoridad y democracia en la empresa, TROTTA-MADRID, 1992; p. 165), a pesar de advertir los vaivenes terminológicos al respecto, la participación en la empresa, siendo más específica, incluiría una serie de actividades que podrían integrarse bajo el concepto de "control".

de empresa entre las actividades de participación y, paralelamente, su exclusión como productos de la negociación colectiva<sup>471</sup>.

Como punto de partida, hay que tener en cuenta que la diferenciación tradicional entre negociación colectiva y participación, basada en la diversa función de una y otra (regulación de condiciones de trabajo y organización de la producción, respectivamente), ha perdido su significado<sup>472</sup>. En primer lugar, porque la ausencia o no de una nítida contraposición de intereses no constituye, al efecto, un criterio válido, toda vez que ha quedado contrastada la capacidad de la negociación colectiva para asumir nuevos contenidos, incorporando prácticas de negociación "concesiva" donde el conflicto de intereses, aún existiendo, aparece atenuado<sup>473</sup>. Por otra parte, la participación (entendida en sentido amplio) y la negociación no aparece siempre como fenómenos alternativos, sino como prácticas negociadoras articuladas sucesivamente como una especie de "continuum de intensidad"<sup>474</sup>. Otras veces, incluso, la participación viene a suplir la ausencia de actividad negociadora en la empresa

---

<sup>471</sup> No en vano, ello ha supuesto la negación de toda eficacia normativa a los acuerdos resultantes, siendo considerados como meros contratos (así, RIVERO LAMAS, "Estructuras...cit., p. 55 ss.).

<sup>472</sup> Como señala KAHN-FREUND (art. ult. cit., p. 11), la distinción entre "cuestiones sociales", como objeto de la negociación, y "cuestiones económicas", como materia propia de la participación, ha perdido claramente su justificación en la actualidad, puesto que parece evidente la conexión existente entre las mismas en el actual contexto socioeconómico. Como apunta el autor citado, "los litigios <<sociales>> y <<económicos>> no pueden seguir siendo distinguidos, suponiendo que hayan podido ser distinguidos alguna vez unos y otros" (p. 12).

<sup>473</sup> Este tipo de prácticas negociales, por su parte, se inserta en el contexto de una revisión del sindicalismo tradicional que, inexorablemente, se ha visto constreñido a adaptar su estrategia y sus métodos de acción a la nueva coyuntura social y económica (sobre el tema, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Diálogo social, participación y negociación colectiva", en La reforma de la negociación colectiva, cit., p. 215 ss.; esp. 218-223).

<sup>474</sup> TREU, "Cogestione...cit., p. 600. De este modo, se configurarían "procedimentalización, participación negociada y acuerdo sobre las decisiones que afectan a múltiples aspectos de la política de gestión de mano de obra, como un crescendo progresivo en la formalización del consenso como método de gobierno en la empresa" (BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo...cit., p. 93).

causada por la tradicional falta de presencia sindical en este ámbito<sup>475</sup>. En definitiva, sólo una acepción reduccionista de la participación, entendida como concepto integrativo del conjunto de actividades de colaboración empresario/trabajadores<sup>476</sup> (consulta e información<sup>477</sup>) en los procesos decisorios de la empresa, podría ser contrapuesta a la negociación colectiva como mecanismo regulador de las relaciones laborales en la empresa<sup>478</sup>. De este modo, de calificar los acuerdos de empresa referidos a la gestión del personal como participación en sentido estricto, se le estaría negando toda virtualidad ordenadora y, en consecuencia, toda posibilidad de insertarse en el sistema de fuentes del derecho del trabajo.

Trasladados a nuestro sistema jurídico, no obstante,

---

<sup>475</sup> En este sentido, v. el examen comparado efectuado por TREU, "Cogestion...cit., p. 602 ss. Como pone de manifiesto este autor, trayendo a colación un estudio de CLEGG, a diferencia de lo acaecido en el continente europeo, "el desarrollo de la negociación empresarial en los Estados Unidos y en Inglaterra como actividad sindical prevalente ha constituido una alternativa de democracia industrial que ha hecho innecesario otras formas de actividad de tipo participativo" (p. 603).

<sup>476</sup> Sobre el auge actual, no obstante, de esta concepción en la llamada "tercera edad" de la empresa y sus repercusiones sobre los conceptos ideales de "democracia" y "ciudadanía" en la empresa (alusivos a una manera de entender la configuración de las relaciones laborales en este ámbito), v. JEAMMAUD, "Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa", en Autoridad y democracia...cit., p. 187-188).

<sup>477</sup> Una clasificación gradual de los niveles de participación tolerables por nuestro modelo constitucional integraría, además de la información y la consulta, la codecisión, que, como tal supone un salto cualitativo bastante importante, pues significa la pérdida por el empresario del monopolio de la decisión. Sin embargo, no hay ningún indicio en la CE que permita sostener la existencia de un determinado modelo participativo (RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "La participación...cit., p. 420 ss.). En todo caso, reducida a la instauración de un cierto deber de información y consulta, la participación reproduciría un modelo en el que, guiados por un claro "objetivo productivista", quedaría eliminado el conflicto de intereses bajo una visión eminentemente unitaria de la empresa (art. ult. cit., p. 425). En general, sobre la recepción legal de las previsiones constitucionales en materia de participación en la empresa, v. CASAS BAAMONDE, Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación, AKAL-MADRID, 1984; esp., p. 26 ss.

<sup>478</sup> Una crítica a esta distinción que "pertenece esencialmente al pasado", en KAHN-FREUND, art. ult. cit., p. 16. En definitiva, como concluye BAYLOS GRAU ("Control obrero...cit., p. 177), "en la actualidad, por diversas causas, el debate sobre los derechos de participación revela la indiferencia potencial de los respectivos modelos <<conflictual>> y <<de gestión>>, así como las formas de expresión de los mismos. O, por emplear otras palabras, que cada fórmula de participación contiene, en sí misma potenciales dosis de cooperación y de conflicto, medidas no predeterminadas de reivindicación y de integración".

podemos comprobar que la función de los representantes de los trabajadores no es la de un mero control de la decisión empresarial. Antes al contrario, el poder colectivo de esos representantes es traído a colación por el legislador, para desempeñar una clara actividad negociadora<sup>479</sup> que, eventualmente, puede fructificar en un acuerdo vinculante. La concurrencia del poder negociador (elemento subjetivo) y la función normativa que se plasma en el contenido de ese eventual acuerdo (elemento objetivo) dejan pocas dudas acerca de su naturaleza de producto de la negociación colectiva ex art. 37.1 CE.

De este modo, el acuerdo siempre presupone una actividad negociadora sobre contenidos sustantivos que, como tales, condicionan y modalizan la decisión empresarial, formando un todo inescindible. Tanto es así que, en la práctica, no sería concebible la existencia de un acuerdo sin ese contenido sustantivo<sup>480</sup>, pues la mera ratificación de la decisión empresarial haría superflua toda negociación y dejaría sin causa al propio acuerdo. Sólo en este último supuesto nos encontraríamos ante una actividad de participación en sentido estricto, pues la función desempeñada por los representantes, concretándose en el mero conocimiento y asentimiento de la decisión empresarial, sería ajena al ejercicio de un poder negocial.

En definitiva, sin perjuicio de la difusa delimitación

---

<sup>479</sup> Este es el objetivo esencial de la apertura del período de consultas que, bajo una fórmula que se repite en los artículos 40.2, 41.4 y 51.4 ET, "deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial (o "del expediente", art. 51.4 ET) y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como las medidas necesarias para atenuar o reducir sus consecuencias para los trabajadores afectados" ("y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial", art. 51.4 ET).

<sup>480</sup> Este hecho se comprueba, por ejemplo, con un mero repaso de los expedientes de regulación de empleo tramitados tras la reforma, en donde se verifica la inexistencia de acuerdos sin un, siquiera sea mínimo, contenido sustantivo.

objetiva ya expuesta<sup>481</sup>, en la medida en que no se trata sólo de ejercer un control del poder de dirección del empresario, sino que, además, los acuerdos suponen una limitación negociada de este poder<sup>482</sup> legítimamente llevada a cabo por los representantes de los trabajadores en la empresa<sup>483</sup>, no hay dudas acerca de su calificación como productos de la negociación colectiva. Aparte de la evidente contraposición de poderes, si tenemos en cuenta que el acuerdo modaliza el contenido de una decisión que afecta al conjunto de los trabajadores de la empresa<sup>484</sup>, su vinculabilidad normativa está fuera de toda duda<sup>485</sup>. De este modo, se trate de un

---

<sup>481</sup> Como pone de manifiesto KAHN-FREUND (art. ult. cit., p. 20), una visión comparada del problema revela cómo las materias propias del ámbito decisonal de la dirección de la empresa son sometidas, indistintamente, a procesos participativos o negociadores: todo depende de la existencia de la consolidación de la empresa como unidad de negociación.

<sup>482</sup> Desde una determinada perspectiva, esta función limitadora del poder de dirección del empresario es consustancial a la negociación colectiva (v. ut supra), y, por lo tanto, perceptible en todo producto convencional. Como señala FERNÁNDEZ LÓPEZ ("La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", RPS 143/84; p. 197), hoy día "la negociación sobre estos poderes no está excluida. Está limitada por su configuración esencial, no es un tema absolutamente libre, pero tampoco es una cuestión <<tabú>>". De este modo, el propio convenio colectivo puede ser un instrumento de procedimentalización de la decisión empresarial en políticas de gestión del personal (MARTÍN VALVERDE, "Espacio y límites...cit., p. 57).

<sup>483</sup> En nuestro modelo de relaciones colectivas de trabajo, la delimitación funcional entre una y otra vertiente de la actividad representativa en la empresa se oscurece por la identidad subjetiva que concurre en las mismas. A diferencia de otros modelos, no existe una asignación diferenciada de funciones que se corresponda con una diversificación de las estructuras representativas en la empresa. La representación unitaria y la representación sindical comparten, indistintamente, funciones de negociación y funciones de participación, lo cual contribuye a diluir una hipotética separación dogmática que otorgara relevancia a la participación. En términos generales, la irrelevancia de las formas de organización de los trabajadores en la empresa ha sido puesta de manifiesto por KAHN-FREUND, art. ult. cit., p. 14 ss. Como señala este autor, más allá de esta distinción, el modelo pluralista no existe, por principio, una determinada configuración de la representación de los trabajadores en la empresa que, consecuentemente, puede ser unitaria, sindical o mixta (p. 26-27).

<sup>484</sup> Como señala GARCÍA MURCIA ("La función...cit., p. 55), "parece claro que la ley alude, al menos implícitamente, a un acuerdo que no se limite a la aceptación o desaprobación de la propuesta empresarial, sino que, al mismo tiempo, incluya previsiones más o menos directas sobre las condiciones de aplicación de las medidas correspondientes y, en su caso, sobre el devenir de las relaciones de trabajo que pudieran verse afectadas".

<sup>485</sup> El hecho de que en algunos casos se prevea un residual control administrativo (arts. 47 y 51 ET) no oscurece tal conclusión, ya que en ningún caso puede entenderse que se trata de una especie de homologación que juegue como presupuesto de validez del acuerdo. Antes al contrario, el acuerdo es válido antes de que se produzca la intervención de la administración laboral que, además, por los supuestos en los que aún se contempla, parece que desempeña una función de control del fraude (evitar la obtención indebida de prestaciones de



traslado, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, una suspensión o una extinción colectiva de la relación laboral, habrá que estar a lo dispuesto en el acuerdo, cuyo contenido no se limitará a un simple asentimiento de la decisión empresarial, sino que, presumiblemente, supondrá un condicionamiento objetivo de la misma<sup>486</sup>.

En nuestro país, garantizada la presencia sindical en la empresa, que se articula mediante el doble canal representativo que caracteriza a nuestro modelo, la negociación colectiva puede asumir todo tipo de contenidos reguladores sin menoscabo alguno de su función ordenadora<sup>487</sup>. En consecuencia, carece de sentido calificar de participación ciertas actividades sindicales (gestión del personal) por el simple hecho de que no se trate de materias en las que aparezca un claro interés contrapuesto (típicamente, salarios). Precisamente la funcionalidad de la negociación colectiva depende de su capacidad para asumir los nuevos contenidos que exigen los actuales cambios de la producción

---

desempleo, por ejemplo), y no de la legalidad formal del acuerdo.

<sup>486</sup> Y ello, a pesar de que se parta de una (sólo aparentemente) aséptica previsión legal sobre la apertura de un "periodo de consultas" (GARCÍA MURCIA, "La función...cit., p. 56). En este sentido, son ilustrativos los ejemplos prácticos recogidos por GAUDU, "Negociation collective...cit., p. 707 ss. Así, destacan supuestos en los que se prevén bajas incentivadas, recontrataciones a término, acciones de formación profesional para los no contratados de forma inmediata, etc. (v., por todos, el "sustancioso" contenido previsto en el acuerdo negociado por REPSOL DISTRIBUCIÓN S.A. y los representantes de los trabajadores (de 29/05/95).

<sup>487</sup> Precisamente la falta de esta presencia sindical en la empresa ha sido el motivo por el cual, en otros modelos comparados, ha tenido un mayor protagonismo la participación, pues, la negociación colectiva necesariamente habría de permanecer extramuros de las empresas (es el caso de las experiencias alemana y francesa, v., al respecto, BLANC-JOUVAN, "La négociation d'entreprise...cit., p. 727). En nuestro país, el protagonismo negociador asumido por la representación unitaria, que ha convertido a ésta en el eje de descentralización negocial, no ha sido desplazado totalmente por la paralela descentralización de las estructuras sindicales (v. RODRÍGUEZ-PINERO, "Representación electiva...cit., p. 30 ss). De este modo, los representantes electivos ostentan simultáneamente funciones de negociación y funciones de participación, si bien sólo en el primer caso ejercen poder colectivo (ib., p. 33). Por ello, la distinción entre una y otra esfera de la actividad representativa aparece aún más difuminada en nuestro modelo, quedando prácticamente eliminada tras la reforma (CASAS BAAMONDE, "Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva", RL.-15/94, p. 5).

económica<sup>488</sup>. El acuerdo de empresa constituye al efecto un instrumento normativo de indudable trascendencia, pues viene a constituir una manifestación de la adaptabilidad funcional de la negociación colectiva a las nuevas exigencias del sistema, eludiendo así una posible "fuga" de contenidos hacia la difusa zona de participación.

**b) El acuerdo de empresa en el contexto del sistema de negociación colectiva.**

**1.- Consideraciones generales.**

Como producto de la negociación colectiva, el acuerdo de empresa no puede aparecer desvinculado del sistema de fuentes jurídico-laborales y, especialmente, del resto de normas convencionales. En consecuencia, el legislador, a la hora de efectuar las correspondientes habilitaciones a la intervención normativa del acuerdo de empresa, no debe olvidar las exigencias derivadas de una visión integrada del conjunto del sistema de negociación colectiva. Estas exigencias se concretan, en primer lugar, en el hecho de que la viabilidad jurídica de los acuerdos de empresa va a estar condicionada a la existencia de una habilitación legal o convencional. En el primer caso, sin embargo, la habilitación sólo juega como condición necesaria, pero no suficiente, para que la intervención normativa del acuerdo se pueda materializar. Para que ello ocurra, además, debe contarse con el beneplácito del convenio colectivo aplicable, que no puede ser obviado por la mera habilitación legal. En definitiva, la necesaria vinculación del acuerdo al sistema de fuentes

---

<sup>488</sup> En este sentido, "es claro que la reforma ha optado por unapotenciación de la autonomía colectiva que puede implicar también intervenciones de la autonomía colectiva no a través de una normación cerrada que reconozca derechos subjetivos a los trabajadores, sino a través de una tutela colectiva abierta que condicione caso por caso el ejercicio de poderes empresariales" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal y tutela colectiva...cit., p. 33).

convencionales se traduce en que su validez como norma jurídica deberá estar supeditada a lo que disponga el convenio colectivo.

Ello no significa, sin embargo, que siempre sea necesario un pronunciamiento expreso del convenio al efecto. Tratándose de acuerdos mejorativos y subsidiarios, el beneplácito convencional debe entenderse implícitamente concedido. En el primer caso, porque ni siquiera haría falta una habilitación para la intervención del acuerdo. La mejora del régimen convencional parte del presupuesto de su aceptación por el acuerdo, con lo cual la vinculación al mismo está siempre asegurada. En el segundo caso, porque, producida la habilitación legal para la intervención subsidiaria del acuerdo en aquellas materias no reguladas por el convenio, la inhibición reguladora de éste debe entenderse como un implícito asentimiento a aquella intervención.

Sólo en los supuestos de acuerdos derogatorios, la declaración expresa del convenio deviene inexcusable, articulándose en consecuencia como una verdadera norma sobre la producción jurídica, cuya inobservancia viciaría de nulidad al acuerdo que así se alcanzara.

El acuerdo de empresa se configura, por tanto, como una norma convencional de segundo grado<sup>489</sup>, es decir, constitutivamente subordinada al convenio colectivo<sup>490</sup>. La regulación por el acuerdo de empresa de materias propias de

---

<sup>489</sup> VALDÉS DAL-RE, "Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva", RL-5/95, p. 38.

<sup>490</sup> Como veremos, en el plano aplicativo este hecho se traducirá en la subordinación jerárquica del acuerdo de empresa frente al convenio colectivo. De este modo, la confrontación de los contenidos de ambas normas convencionales traerá como resultado la eliminación, en su caso, de los preceptos del acuerdo que contradigan al convenio y, consecuentemente, su sustitución automática por establecido en éste. Pero tal operación aplicativa debe contar con un presupuesto ineludible: la validez de ambas normas. La verificación de la validez del acuerdo de empresa nos lleva a que, situados en el plano creativo, comprobemos la adecuación del proceso que a dado lugar a su nacimiento al mundo del derecho, juicio que, inexorablemente, debe pasar por el examen del convenio colectivo aplicable.

la negociación colectiva sólo será posible si existe un reenvío o remisión material por parte del convenio o de la ley<sup>491</sup>. En consecuencia, respecto del acuerdo colectivo, existe una reserva material en favor del convenio colectivo para todas aquellas materias que integran el espacio propio de regulación de la negociación colectiva<sup>492</sup>.

En efecto, a pesar de la dispersión de las previsiones legales respecto del régimen jurídico de los acuerdos de empresa, una apreciación global de las mismas deja traslucir esa vinculación entre acuerdo de empresa y convenio. De este modo, toda la serie de habilitaciones específicas contempladas principalmente en el Título I del ET<sup>493</sup>, donde el acuerdo regulará "en defecto" de convenio<sup>494</sup>, no es más que el resultado aplicativo de la genérica subordinación constitutiva entre los diversos niveles negociales<sup>495</sup>. En

---

<sup>491</sup> En este sentido, en la experiencia comparada, se constata que la negociación de empresa está limitada en su alcance material, bien de forma explícita, mediante disposiciones legales o convencionales, bien de forma implícita, por las directrices de los órganos directivos de los sindicatos y asociaciones (v. al respecto, TREU, "La negociación...cit., 929 ss.).

<sup>492</sup> La relación de subsidiariedad es, por ello, no sólo aplicativa sino constitutiva. De este modo, "la posibilidades de suscribir tales acuerdos de empresa quedan a la decisión de los sujetos negociadores de convenios de ámbito superior, los cuales podrán impedir directamente, si así lo establecen; indirectamente, si contienen una regulación completa que no deje espacios a esos acuerdos de empresa la negociación en el ámbito empresarial" (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 395).

<sup>493</sup> En concreto, nos referimos a los arts. 22.1, 24.1, 29.1 párr. 3º, 34.2, 34.3 y 67.1 ET (éste, ya en el Título II ET).

<sup>494</sup> Lo que habrá que entender en sentido amplio, es decir, que "cabrá el acuerdo o pacto de empresa tanto en el caso de que no exista convenio colectivo estatutario, como en el caso de que, existiendo, no regule esa concreta materia, si bien en algunos casos -respecto de las materias de jornada, por ejemplo- la previsión de cláusulas referidas a ella presuponga implícitamente la existencia de convenio impidiendo la negociación de un acuerdo de empresa" (ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO, "Los pactos o acuerdos de empresa...", p. 117, citando doctrina en contra). Por otra parte, resultado asimismo de esta subordinación constitutiva al convenio, la vigencia del acuerdo estará "condicionada" a la existencia de "un convenio colectivo aplicable a la empresa, de cualquier ámbito que éste sea" (ib., p. 118).

<sup>495</sup> Es una manifestación del llamado principio de "predominio del nivel superior sobre el inferior", consistente en que "este último sólo puede regular cuestiones positivamente delegadas por el primero, o al menos aquéllas de las que éste no se ha apropiado" (TREU, "La negociación...cit., p. 915).

estos supuestos, llamados "acuerdos subsidiarios"<sup>496</sup>, sin embargo, no se establece propiamente una norma sobre la creación jurídica<sup>497</sup> que, eventualmente, pudiera justificar una diversificación tipológica entre los acuerdos con repercusiones en su configuración dogmática, sino una regla aplicativa cuya misión es regir las relaciones entre convenio y acuerdo<sup>498</sup>, destacando, al efecto, la superioridad jerárquica del primero sobre el segundo<sup>499</sup>. Sin embargo, no hay que obviar la relación causa-efecto entre uno y otro plano. En este sentido, la relación de supletoriedad que establece la ley entre convenio y acuerdo, siendo extrapolable a otros supuestos donde no se hace mención expresa, no es sino consecuencia de la relación que se establece entre ambas fuentes en el plano creativo<sup>500</sup>. En estos otros supuestos (especialmente, los acuerdos derogatorios), en consecuencia, la falta de mención expresa a la relación aplicativa que se establece entre ambos se debe a que la relación entre acuerdo y convenio se establece en el plano creativo: la existencia de habilitación convencional se convierte en presupuesto de validez para el acuerdo<sup>501</sup>.

---

<sup>496</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit., p. 177 ss.

<sup>497</sup> Y ello sin perjuicio de las repercusiones que la habilitación legal de los acuerdos, como vía de negociación alternativa, pudiera proyectar sobre la estrategia negociadora (en este sentido, advirtiendo un cierto reforzamiento de la posición patronal al respecto, SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 60).

<sup>498</sup> Y por ello, parangonable a las, igualmente aplicativas, que regulan las relación de supletoriedad entre ley y convenio (v. *infra*, 3.2).

<sup>499</sup> Afirmando esta superioridad jerárquica, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva... cit., p. 90. En contra, FERNÁNDEZ LÓPEZ...

<sup>500</sup> En este plano, propiamente, no hay una relación de jerarquía normativa (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit....), ya que la ausencia de regulación convencional es el presupuesto habilitante para la existencia del acuerdo y, en consecuencia, condición de su validez. Como se sabe, la relación de jerarquía se establece entre dos normas válidas, es decir, ya creadas.

<sup>501</sup> La importancia comparativa del papel asignado al acuerdo por la ley en estos casos (derogación de aspectos ya regulados en convenio), exige que la relación entre ambas fuentes no se establezca en el plano aplicativo (como ocurría en el caso de los acuerdos subsidiarios, donde se partía del presupuesto de una falta de regulación convencional), sino en el plano creativo, vinculando, de este modo, la propia validez del acuerdo a la existencia de una expresa habilitación convencional.

En este sentido, el papel de la ley no puede ser otro que el de habilitar espacios de actuación al acuerdo de empresa<sup>502</sup> que, no obstante, sólo tendrá cabida, bien, ante una eventual inhibición reguladora del convenio (acuerdos subsidiarios<sup>503</sup> y de reorganización productiva<sup>504</sup>), o bien ante una expresa habilitación convencional (acuerdos derogatorios).

Desde otra perspectiva, más allá de las previsiones específicas contempladas por la ley, que toma como referencia exclusiva al convenio colectivo de eficacia general, no habría ningún problema para admitir la posibilidad de actuación del acuerdo de empresa en relación con el convenio colectivo de eficacia limitada. Desempeñando la misma función normativa, el título habilitante de su intervención se encontraría necesariamente en el convenio colectivo y, en consecuencia, su eficacia personal sería coextensa a la de éste. Obviamente, la no aplicabilidad de las previsiones legales significaría la imposibilidad de que existieran

---

<sup>502</sup> Medida legal que se inserta en el marco de una política del derecho tendente a la descentralización de la negociación colectiva (v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit., p. 179 ss.). En cualquier caso, hay que tener presente que se trata de "un espacio funcional no ganado directamente al ámbito del poder empresarial, sino a la regulación convencional". En definitiva, el llamado <<renacimiento>> de los acuerdos de empresa se produce a costa del retroceso de la Ley en la regulación de ciertos temas, que se abren al convenio y en defecto al acuerdo, y de la mayor disponibilidad del contenido convencional" (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 64).

<sup>503</sup> Este hecho "va a motivar la necesidad de interpretar con sumo cuidado el contenido de los convenios colectivos a fin de saber si, realmente, regulan o no una determinada materia, Esto es, si dejan o no hueco al acuerdo de empresa" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit., p. 184). En todo caso, hay que entender que la lista de habilitaciones legales es enunciativa (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 395), de manera que la existencia de acuerdos subsidiarios va a ser posible "siempre que los acuerdos contengan regulaciones sobre aspectos sobre los que el convenio guarde silencio o siempre que aquéllos mejoren lo establecido por éste. Es decir, cuando no se afecte a un convenio vigente y, en consecuencia, no haya concurrencia con él" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, art. ult. cit., p. 190).

<sup>504</sup> Es el caso de los acuerdos previstos en materia de gestión del personal (art. 40.2, 47.1, 51.4 ET). Aunque no se trate de la regulación de contenidos típicos de los convenios colectivos, nada impide, como lo demuestra la práctica convencional más reciente, que éstos asuman materias propias de los acuerdos de crisis que podrían, tanto hacer superfluo el acuerdo, como al menos condicionarlo de antemano.

acuerdos subsidiarios<sup>505</sup> (por supuesto, tampoco derogatorios), a no ser de que encontrasen su título habilitante en la propia negociación colectiva<sup>506</sup>.

## 2.- Especial referencia a los "acuerdos derogatorios" o de "descuelgue material".

A pesar de que el esquema anteriormente expuesto es predicable a todo tipo de habilitaciones legales a la actuación del acuerdo, hay supuestos específicos en los que no se aprecia tan nítidamente esta supeditación constitutiva entre acuerdo y convenio<sup>507</sup>. La falta de rigor legal, no obstante, ha de ser corregida mediante una interpretación coherente con la funcionalidad del sistema de negociación colectiva y, en todo caso, respetuosa con el reconocimiento constitucional de esta fuente de producción jurídica<sup>508</sup>. La función de adaptabilidad de contenidos negociales genéricos,

---

<sup>505</sup> De este modo, "el eventual vacío regulador de un convenio de eficacia limitada no puede ser suplido por ese específico pacto ad hoc" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva ordenación...cit., p. 91).

<sup>506</sup> En términos generales, ello exigirá, sin duda, un mayor protagonismo ordenador de los sujetos colectivos. Como señala ESCUDERO RODRÍGUEZ ("Unidad y pluralidad...cit., p. 186), "la interconexión y la complementariedad entre los distintos productos de la autonomía colectiva se ha hecho mucho más estrecha, requiriendo a los sujetos que actúan en representación de los trabajadores y empresarios un planteamiento omnicomprensivo e interdependiente".

<sup>507</sup> Como es obvio, se trata de aquellos casos en los que la referencia al convenio colectivo deviene obligada, excluyéndose, por tanto, los supuestos en los que esta configuración relacional no aparece como evidente. Esto ocurre, además de en el caso de los acuerdos subsidiarios, en las habilitaciones previstas en los arts. 40.2, 47 y 51 ET (en relación con estos últimos, como señala ESCUDERO RODRÍGUEZ ("Unidad...cit., p. 208) parece que "no es preceptiva la concurrencia de una fuente reguladora de alcance colectivo").

<sup>508</sup> Ello exige que la función promocional de la negociación colectiva se circunscriba a sus justos términos, sin forzar la propia dinámica negocial, ya que una eventual extralimitación legal, sería, por ello, claramente disfuncional al suponer un riesgo evidente de instrumentalización de la negociación colectiva por la ley al servicio de sus propios fines. Como ha sido observado al hilo de las últimas modificaciones legales, "el tratamiento que la reforma de 1994 hace del convenio colectivo, aunque trata de flexibilizar, dinamizar y dar mayor juego a la contratación colectiva, lo hace no desde una perspectiva desreguladora dando un juego más libre a la autonomía colectiva, sino paradójicamente a través de un intervencionismo normativo que trata de condicionar esa negociación, que aparece claramente como instrumento al servicio de los objetivos que se propone la reforma" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal y tutela colectiva...cit., p. 35).

siendo definitoria en los acuerdos de empresa, tiene aquí un límite insoslayable<sup>509</sup>

Uno de estos supuestos es el contemplado en el artículo 41 ET, relativo a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, precepto cuyo tradicional carácter controvertido<sup>510</sup> alcanza nuevos matices después de la reforma<sup>511</sup>; el otro, es el contemplado en el artículo 82.3 ET, referente a los acuerdos de inaplicación salarial<sup>512</sup>. En

---

<sup>509</sup> No en vano, esta indudable función de adaptación (CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit., p. 299) puede llevar, en los casos más extremos, a la derogación puntual del convenio colectivo. La función "derogatoria" de los acuerdos de empresa no es desconocida en derecho comparado. De este modo, en Francia los llamados "accords derogatoires" constituyen una realidad bastante consolidada (v. CHALARON, art. cit., p. 12). En general, sobre el alcance de esta expresión, acuñada por la doctrina francesa, v. SUPLOT, "Déréglementation...cit., p. 200.

<sup>510</sup> Sobre la polémica suscitada por la anterior redacción del precepto, especialmente referida, tanto al alcance de la autonomía individual, como al de la intervención administrativa, plasmada en varios pronunciamientos del TC (p. ej., STC 92/92, de 16 de junio) v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical", RL-15/92, p. 1 ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, "Poder de dirección, negociación colectiva e intervención estatal", en Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales (XI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), CARL/TROTTA-MADRID, 1994, p. 49 ss.; asimismo, poniendo de relieve los precedentes de dicha polémica en sede de jurisprudencia ordinaria, FERNÁNDEZ LÓPEZ: "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", cit., p. 187 ss.

<sup>511</sup> Para un análisis detallado de los mismos, v. CRUZ VILLALÓN: "El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994", en CASAS BAAMONDE/VALDÉS DAL-RE (Coord.), La reforma del Estatuto de los Trabajadores, LA LEY-MADRID, 1994, p. 116 ss.; asimismo, BLASCO PELLICER, "Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo", RL-95(I), p. 565 ss.; DEL REY GUANTER: "Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en ALARCÓN CARACUEL (Coord.): La reforma laboral de 1994, cit., p. 208 ss.; RIVERO LAMAS: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET", en Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor M. Alonso García, cit.; PEDRAJAS MORENO, "Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", en VALDÉS DAL-RE (Coord.): La reforma del mercado laboral, cit., p. 374 ss.; LÓPEZ-TARRUELLA: "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en BORRAJO DACRUZ (Coord.): La reforma del ET, cit., p. 312 ss.; atendiendo a la problemática específica del acuerdo derogatorio, v. SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, Los acuerdos o pactos de empresa, TLB-VALENCIA, 1996, p. 35 ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/MARTÍNEZ BARROSO: "La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores", La Ley, 3779/95, p. 1 ss.

<sup>512</sup> Atención específica a estos acuerdos, si bien en el contexto general del estudio del establecimiento legal de las cláusulas de inaplicación en materia salarial, la encontramos en BAYLOS GRAU, "Cláusulas de descuelgue", cit., esp., p. 114 ss.; CASAS BAAMONDE, "Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II)", RL-95(I), p. 1 ss.; GARRIDO PÉREZ, "Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria", RL-95(I), p. 363 ss.; SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 25 ss. Por otra parte, no se trata de una figura desconocida en derecho comparado. En



ambos casos, la peculiaridad radica en que la finalidad de la previsión legal, habilitando la intervención del acuerdo de empresa, no es otra que la de posibilitar derogaciones de determinados contenidos materiales regulados en un convenio colectivo<sup>513</sup> preexistente<sup>514</sup>, favoreciendo así, la adaptabilidad de la norma convencional superior de alcance más general<sup>515</sup>.

En buena lógica, el papel de la ley debería limitarse a la apertura de este cauce negociador específico, propiciando la utilización del acuerdo de empresa como instrumento de flexibilización del régimen convencional<sup>516</sup>. Pero, en ningún caso, debe forzar la existencia del acuerdo a toda costa, es decir, a pesar, incluso, de lo dispuesto en

---

efecto, este tipo de acuerdos de empresa derogatorios del régimen salarial convencional establecido a nivel de sector aparece, por ejemplo, en la legislación laboral francesa (art. 132-24 y 132-26 CT), si bien sometidos a una serie de exigencias y garantías que limitan claramente el alcance de estas previsiones, evitando una "emancipación" de los acuerdos de empresa respecto del sistema convencional (sobre el tema, v. SUPLOT, "Dereglementation de relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", cit., p. 200).

<sup>513</sup> Siempre y cuando estas modificaciones estén conectadas con una causa específica (destacando este dato común a ambos supuestos, CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue...cit., p. 25). Destacando la vinculación entre la causa justificante y la finalidad de la habilitación legal a la intervención del acuerdo, y, en consecuencia, la necesidad de que el control sobre la concurrencia de las causas justificantes sea efectivo, SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 59.

<sup>514</sup> No juegan, por tanto, "en defecto de" convenio, sino que la existencia de éste es, precisamente, el presupuesto de la habilitación legal a los acuerdos (son por ello denominados "acuerdos de ruptura", GARCÍA MURCIA, "La función...cit., p. 54). Ello supone, sin duda, un mayor margen de maniobra para el empresario que ve incrementadas notablemente sus posibilidades de incidir sobre las condiciones de trabajo vigentes, permitiendo una gestión flexible del personal. No obstante, "esta <<recuperación>> del poder empresarial que logra mayor flexibilidad en su gestión de los recursos humanos ha de estar fundamentada en necesidades de la empresa y lograr el consenso de los representantes de los trabajadores en este nivel" (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 59).

<sup>515</sup> Destacando la novedad que, respecto del tradicional régimen de los acuerdos de empresa, aportan estas previsiones legales introducidas con la reforma, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 396.

<sup>516</sup> De este modo, los sujetos colectivos podrían, incluso, ampliar el alcance objetivo de los acuerdos más allá de las previsiones legales. Por ejemplo, en el supuesto del art. 41 ET, admitiendo la posibilidad de que, vía acuerdo de empresa, se modifiquen materias no contempladas en el precepto (así, CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 126). En general, sobre las diversas técnicas de dispositivización de contenidos materiales en la práctica negocial y su alcance, v. MERINO SENOVILLA/ROMÁN DE LA TORRE, "Cláusulas dispositivas y convenios colectivos", RL-88(II), p. 964 ss.

el convenio colectivo afectado<sup>517</sup>. Una interpretación del papel de la ley en estos términos desvirtuaría su propia función promocional de la negociación colectiva: no se puede promover la negociación colectiva a costa de la propia negociación colectiva. Antes al contrario, se estaría socavando la intangibilidad de la norma convencional y, por ende, se acabaría vulnerando el mandato constitucional de garantizar la vinculabilidad del convenio colectivo. Si la consolidación del acuerdo de empresa como instrumento normativo proporciona una deseable flexibilidad al sistema convencional de fuentes de derecho del trabajo, ello no puede ir en menoscabo de la propia negociación colectiva, cuya funcionalidad ordenadora quedaría bajo mínimos si se desconociera el carácter vinculante del convenio colectivo y la intangibilidad de su contenido.

De este modo, tanto en el caso del artículo 41.2 ET, como en el caso del artículo 82.3 ET<sup>518</sup>, el "descuelgue" material del convenio vía acuerdo de empresa sólo sería posible si lo permitiera el convenio colectivo de referencia. Una previsión convencional contraria a esta posibilidad cerraría la posibilidad de la intervención derogatoria del acuerdo de empresa.

Sin embargo, ello no parece deducirse claramente de la configuración legal de estos supuestos de descuelgue. En efecto, tanto en relación con el régimen de inaplicación salarial como en el caso de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de origen colectivo, se apreciaba una especie de obsesión legal por hacer efectivos los respectivos

---

<sup>517</sup> Como señala ESCÜDERO RODRÍGUEZ ("Una nueva...cit., p. 91), ello supondría "la erosión de la integridad del convenio colectivo que bien puede afectar, negativamente, a su equilibrio interno y a su lógica sinalagmática".

<sup>518</sup> Sobre la identidad funcional de ambos preceptos, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 396; BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 121.; CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41..., cit., p. 128.

descuelgues. En el primer caso, la actuación conjunta de los artículos 82.3 y 85.2.c ET dejan poco margen a una hipotética intervención de la negociación colectiva que, valorando la oportunidad o no de la apertura al descuelgue, pudiera eventualmente cerrar esta posibilidad<sup>519</sup>. En el segundo caso, el alcance normativo de la negociación colectiva queda, en principio, doblemente reducido<sup>520</sup>. Por un lado, al abrir la posibilidad de modificaciones unilaterales del empresario de cualquier condición laboral (pues tampoco regiría en estos casos el límite material) pactada en una norma convencional (convenio colectivo de eficacia limitada<sup>521</sup> y acuerdo de empresa<sup>522</sup>) distinta al convenio colectivo de eficacia general, expresamente "salvado". Por otro lado, incluso tratándose de convenios colectivos de eficacia general, la intervención desvinculada del acuerdo de empresa afecta (como ocurre con los acuerdos de inaplicación salarial), no sólo a su alcance subjetivo<sup>523</sup>, sino a su propia normatividad<sup>524</sup>.

---

<sup>519</sup> En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...p. 348.

<sup>520</sup> Y ello a pesar del pronunciamiento del TC (STC 92/92, de 11 de junio) claramente contrario a una interpretación del art. 41 ET limitadora del alcance del reconocimiento constitucional de la negociación colectiva (v. al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, "Poder de dirección...cit., p. 49 ss.

<sup>521</sup> Según OJEDA AVILÉS ("Delimitación...cit., p. 267-268), a esta figura se alude bajo la expresión legislativa de "pacto colectivo". De este modo, "convenios, acuerdos y pactos constituyen, pues, la trilogía de la regulación colectiva en nuestro país, con carta de naturaleza a partir de la reforma" (p. 267).

<sup>522</sup> Como señala CRUZ VILLALÓN ("El artículo 41...cit., p. 135), comentando críticamente el tenor legal, respecto de estos productos negociales, ni juegan las limitaciones materiales, admitiéndose que la modificación afecte a "cualquiera de las condiciones establecidas" en los mismos, ni tampoco se precisa un instrumento colectivo (acuerdo) para proceder a su alteración.

<sup>523</sup> Lo que, por ello, haría que el artículo 41 quede configurado "como una norma que cumple un papel similar de exclusión de la prohibición de afectación, respecto también a cuestiones concretas", contemplada en el artículo 84 ET (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit. p. 396; en el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 132).

<sup>524</sup> En contra, CRUZ VILLALÓN ("El artículo 41...cit., p. 129), para el cual, siendo indiscutido el fundamento constitucional (art. 37.1 CE) del acuerdo de empresa, "no hay otra cosa que dos procesos de negociación colectiva que se suceden en el tiempo, sin que en modo alguno quepa deducir del art. 37.1 CE una preferencia de determinados productos de la negociación colectiva frente a otros". Sin embargo, aparte de la injustificada exclusión de los convenios colectivos extraestatutarios de ese "tratamiento exquisitamente neutral de la Constitución" (ib.), resulta sorprendente el recurso al "principio de igualdad"

Mediante mecanismos diversos, en ambos casos se estaría socavando la intangibilidad de la norma convencional de referencia y, en consecuencia, la fuerza vinculante reconocida constitucionalmente a todo producto de la negociación colectiva<sup>525</sup>. Por ello, se impone una interpretación integradora que, superando la mera literalidad, cohoneste los preceptos legales con las exigencias que se derivan del modelo constitucional, especialmente, en lo que se refiere a los límites de la intervención legal. Veámos, por separado, las implicaciones que ello trae consigo.

En relación con el primer problema que plantea el artículo 41.2 ET, la corrección interpretativa se muestra, de inmediato, ineludible<sup>526</sup>, toda vez que, de aplicar la literalidad del precepto, ni siquiera el convenio colectivo estatutario quedaría a salvo de la posibilidad de ser modificado por la mera voluntad unilateral del empresario: bastaría con que, previamente, un acuerdo de empresa hubiera efectuado la correspondiente "descongelación de rango" a la que le faculta el propio precepto<sup>527</sup>. Para evitar tal

---

(ib.) para equiparar acuerdos y convenios, cuando, incluso desde la ley, resulta evidente la subordinación jerárquica de los primeros.

<sup>525</sup> Y ello con independencia de número de afectados por las medidas pactadas en los respectivos acuerdos derogatorios, matiz que, aunque ha sido resaltado por la doctrina (BLASCO PELLICER, art. cit., p. 20; SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 38), no justificaría una diferenciación tipológica entre uno y otro tipo de acuerdos.

<sup>526</sup> Como señala CRUZ VILLALÓN ("El artículo 41...cit., p. 135), se hace necesario "una lectura de conformidad constitucional de la referida regulación estatutaria".

<sup>527</sup> En efecto, se trataría de un claro supuesto de "delegación en cadena" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit., p. 32). Estaríamos, por tanto, ante un proceso inverso al que se conoce en doctrina administrativista como "principio de congelación de rango", expresivo de la aprehensión por la ley de materias que, a partir de entonces, quedan bajo reserva formal de ley. En este caso, lo que realmente se produce es una "descongelación" del rango respecto de determinadas materias que, desde entonces, pueden ser objeto de regulación por una fuente inferior. Como quiera que dicho proceso es propiciado por la fuente superior (convenio), nos encontraríamos ante un fenómeno paragonable a la deslegalización que, en definitiva, supone una degradación del rango normativo asignado a la regulación de una determinada materia (sobre el tema, v. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ: Curso de Derecho Administrativo I (Sept. Ed.), CIVITAS-

resultado, incompatible con la normatividad del convenio<sup>528</sup> y, por ello, con la propia función de la ley, constitucionalmente obligada a garantizar su fuerza vinculante, no cabe otra solución que negar la posibilidad que las condiciones pactadas en un acuerdo de empresa puedan ser modificadas por decisión unilateral del empresario<sup>529</sup>. No hay que olvidar que, como producto de la negociación colectiva goza de la garantía de la fuerza vinculante, cuya primera manifestación es el sometimiento de las voluntades individuales a lo pactado. Por razones obvias, la misma solución habría que adoptar en el supuesto de que se tratara de condiciones contenidas en un convenio colectivo de eficacia limitada, pues, como fuente formal del derecho, también participa de la naturaleza normativa reconocida constitucionalmente<sup>530</sup>. En consecuencia, sólo serían modificables vía decisión unilateral del empresario las condiciones de trabajo que no tengan su fundamento en una fuente colectiva.

La misma operación hermenéutica, es decir, el sometimiento del modelo legal al modelo constitucional (y no al revés), trasladada al ámbito del régimen de la

---

MADRID, 1995; esp., p. 243 ss. y 268 ss.).

<sup>528</sup> Destacando lo "absurdo" de una mera interpretación literal del precepto, CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 136.

<sup>529</sup> En este sentido, CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 136; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/MARTÍNEZ BARROSO, art. cit., p. 22. Para ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO (art. cit., p. 119) "se compadecería mal en este sentido, atribuir a la decisión unilateral del empresario la facultad de modificar lo dispuesto en una norma". Por el contrario, admitiendo el resultado modificadorio que se deriva de la literalidad del precepto, v., entre otros, RIVERO LAMAS, "Modificación...cit., p. 262; . En general, sobre el contrastado debate doctrinal al respecto, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad...cit., p. 209 ss.

<sup>530</sup> Favorable a esta solución, aunque con menor convicción que respecto de los acuerdos de empresa (pues elude la directa fundamentación de los convenios colectivos de eficacia limitada en el art. 37.1 CE, acudiendo, por contra, al art. 28.1 CE), CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 136.



*inaplicación salarial, aportaría similares resultados<sup>531</sup>. En efecto, como ya se puso de manifiesto a la hora de examinar la opción legal por el establecimiento de las cláusulas de descuelgue como contenido obligatorio (art. 85.2.c ET), la intangibilidad del contenido convencional proyecta un límite infranqueable a la intervención de la ley a la hora de configurar el marco de desarrollo de los diferentes procesos de negociación colectiva. Dicho límite se deriva, tanto de la propia función promocional de la negociación colectiva que, genéricamente, la CE atribuye a la ley<sup>532</sup>, como de la de garantizar la fuerza vinculante de lo pactado en convenio.*

*Por ello, siendo factible la introducción pactada de tales previsiones en el contenido de los convenios (que no pondrían en duda la vinculación entre acuerdo y convenio), lo que no puede ser constitucionalmente admisible, por injustificado, es la limitación a la negociación colectiva que significa la obligación legal de su incorporación al contenido convencional<sup>533</sup>. Pero si la incorporación de las cláusulas de descuelgue al contenido obligatorio del convenio contraviene claramente la función promocional de la ley respecto del derecho a la negociación colectiva, la habilitación de un procedimiento subsidiario para que dicho descuelgue se lleve a cabo de forma inmediata, va a poner en cuestión la obligación constitucionalmente asignada de*

---

<sup>531</sup> Con algunos matices, las mismas observaciones caben en relación con los supuestos de "descuelgue material" establecidos en el art. 41.2 ET, luego son extrapolables las conclusiones a las que se lleguen.

<sup>532</sup> Si la actividad promocional del legislador, en buena lógica, se debe concretar en un sistema de normas sobre la creación jurídica, no se percibe razón alguna que fundamente una previsión legal que, como la aludida, antes que promocionar, al sustraer a los sujetos colectivos la decisión de incorporar esas cláusulas al contenido de los convenios, coarta enormemente su alcance, introduciendo injustificadamente factores de desequilibrio en la propia dinámica negocial.

<sup>533</sup> Sobre la necesidad de buscar una interpretación integradora al respecto, v. ut supra.

garantizar la fuerza vinculante del convenio. La problemática adquiere cierta complejidad, si tenemos en cuenta que el ataque a la intangibilidad del convenio colectivo se va a producir mediante la instrumentalización legal de la propia negociación colectiva, al utilizar, como cauce de la inaplicación salarial, el acuerdo de empresa.

En efecto, las previsiones legales contenidas en el tercer párrafo del artículo 82.3 ET, informadas por el misma finalidad que las del artículo 85.2.c ET, corroboran la voluntad inequívoca de propiciar "a toda costa"<sup>534</sup> los descuelgues salariales<sup>535</sup>. De esta manera, para los casos en que no haya podido pactarse la cláusula de descuelgue en el convenio colectivo (es decir, no se hubiera habilitado la intervención del acuerdo al efecto), en el artículo 82.3 ET se efectúa una doble habilitación a la intervención de los acuerdos de empresa con la finalidad de corregir tal "defecto": uno, para consensuar la inaplicación; otro, para determinar las nuevas condiciones salariales<sup>536</sup>. Asimismo, en el caso de que no se logre alcanzar los mencionados acuerdos, se prevén sendos procedimientos dirimientes en el seno de la Comisión Paritaria del convenio<sup>537</sup>. En este último caso, por tanto, se efectúa un nuevo reenvío competencial a

---

<sup>534</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 349; BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 119.

<sup>535</sup> De este modo, el párr. 3º del art. 82.3 ET tiene como misión específica la de no retardar, hasta la renegociación de los convenios vigentes, la posibilidad de aplicar el mecanismo del descuelgue salarial. De esta forma "aún en estos casos que no podían haberse ni previsto ni cumplido por las partes los imperativos de la norma al tiempo de contratar, puede darse el descuelgue salarial siempre que se produzca un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre la situación que habilita el descuelgue y el nuevo régimen salarial que se aplica en la empresa" (BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 117).

<sup>536</sup> Sin embargo, nada obsta para que ambas funciones sean desempeñadas por un sólo acuerdo (GARRIDO PÉREZ, "Las cláusulas...cit., p. 380-381).

<sup>537</sup> Sobre la naturaleza jurídica de la intervención de la comisión paritaria, BAYLOS GRAU, "Cláusulas...cit., p. 117-118. Un estudio de la práctica negocial al respecto en, CASAS BAAMONDE, "<Descuelgue> salarial...cit., p. 31 ss.

las instancias negociadoras superiores que, de este modo, "reasumen" la decisión de la inaplicación que les había sido sustraída.

Como puede observarse, la cuestión a dilucidar no es la oportunidad de este reenvío competencial, ni su configuración como mecanismo subsidiario de actuación en caso de fracaso del acuerdo<sup>538</sup>. Antes de valorar las consecuencias de una eventual falta de acuerdo, es preciso enjuiciar la conformidad constitucional de la opción legal que, no sólo permite, sino que incentiva, que la inaplicación salarial se produzca a pesar de la falta de pronunciamiento al respecto por parte del convenio afectado. Como medida de política legislativa, tal pretensión sería irreprochable, no obstante, si observara los límites impuestos por el reparto de poderes normativos implícitos al modelo constitucional de negociación colectiva. Sin embargo, observando la instrumentalización de que es objeto el acuerdo de empresa, forzando la distribución funcional del sistema de fuentes establecido en la CE, no parece que sea ésta la conclusión a la que habremos de llegar.

En efecto, de la sucinta regulación legal<sup>539</sup> podemos deducir que se trata de dar entrada en un ámbito negocial determinado, normalmente sectorial, a un típico acuerdo derogatorio cuya función no es otra que la de regular, a la baja, las condiciones salariales a aplicar en aquellas empresas donde, sumariamente, se demuestre la existencia de

---

<sup>538</sup> Por su parte, la doble intervención de la Comisión Paritaria del convenio prevista no soslaya el problema. En primer lugar, por su carácter subsidiario: tiene como presupuesto la frustración del respectivo acuerdo. En segundo lugar, porque el reenvío material efectuado, que sólo supone una "reasunción" competencial respecto de acuerdo de inaplicación, parece que tiene como única finalidad propiciar el pronunciamiento positivo acerca de la misma, más que la apertura de un debate sobre su oportunidad.

<sup>539</sup> Rasgo que, como se ha señalado, comparten con los llamados "acuerdos subsidiarios" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit., p. 213)



circunstancias justificativas de una situación de crisis<sup>540</sup>.

Por su trascendencia, en la medida que suponen un recorte en la eficacia personal del convenio colectivo y, respecto del contenido salarial, una excepción a su intangibilidad en tanto que tipo convencional específico<sup>541</sup>, la concurrencia de estas circunstancias justificativas deviene ineludible. De este modo, tratándose de un condicionante causal, su apreciación debe otorgarse a los propios sujetos colectivos que, en última instancia, son los más idóneos para efectuar el correspondiente juicio de oportunidad<sup>542</sup> y, en su caso, decidir o no la incorporación de la cláusula de inaplicación que habilite la negociación posterior de acuerdos de empresa con distinto contenido salarial.

Si, por el contrario, no existiera este margen de apreciación global y decisión por los sujetos partes del convenio colectivo (como, por otra parte, resultaría de una interpretación literal del artículo 85.2.c ET<sup>543</sup>), se estaría

---

<sup>540</sup> Lo que los asemeja a los "acuerdos novatorios" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, art. ult. cit., p. 213-214). En general, comparte con el resto de los acuerdos previstos legalmente la función flexibilizadora que define a este instrumento regulador.

<sup>541</sup> Como hemos visto, la eficacia general forma parte de su estructura normativa como subtipo específico dentro de la categoría de convenio colectivo (v. ut supra).

<sup>542</sup> No en vano, tienen en sus manos la posibilidad de efectuar análisis contrastados de la situación económica de las diferentes empresas del sector, necesarios para ponderar la procedencia o no de establecer cláusulas de inaplicación que, eventualmente, puedan solventar situaciones localizadas de crisis. Al mismo tiempo, este nivel sería el apropiado para controlar posibles usos fraudulentos de tales cláusulas que evidenciasen prácticas de dumping social entre las empresas del sector (CRUZ VILLALÓN: "El artículo 41...cit., p. 132). Precisamente esta es la razón de que, en EEUU, un país caracterizado por un protagonismo casi exclusivo de la negociación colectiva a nivel empresarial, no desaparece un cierto control sindical centralizado de los procesos negociales (junto con prácticas como la del key-bargaining), principalmente dirigidos a evitar una excesiva disparidad entre las condiciones pactadas (v. sobre el tema, BLANC-JOUVAN, "La négociation...cit., p. 721).

<sup>543</sup> Sin embargo, una interpretación sistemática del precepto que pusiera de manifiesto su conexión con el condicionante causal del art. 82.3 párr. 2º ET anularía "el carácter de obligación con que se ha querido revestir la utilización de esta competencia negocial, poniendo en manos de los negociadores la capacidad

produciendo una habilitación legal directa e incondicionada a los acuerdos de empresa que, de este modo, prescindirían de su necesaria habilitación. Este defecto constitutivo, no quedaría convalidado por la previsión del condicionante causal en el ámbito de la empresa afectada (art. 82.3 párr. 3º ET), puesto que, en este caso, se trataría de una autohabilitación que, como tal, aparecería desvinculada del convenio superior<sup>544</sup>. La desvinculación del acuerdo respecto del convenio, siendo inevitable, provocaría, además un deterioro del poder negociador de las partes negociadoras del mismo, una clara pérdida de la fuerza vinculante del mismo<sup>545</sup>, pues una parte importante de su contenido va a ser privada de eficacia, sin que el propio convenio lo permita expresamente<sup>546</sup>.

En definitiva, tal posibilidad supondría forzar la propia lógica de la negociación colectiva, pues traería como resultado que el acuerdo de empresa se impusiera al convenio, trastocando así el orden material subyacente al sistema de fuentes colectivas. Este resultado sería constitucionalmente inadmisibles: si la función de la ley es promocionar la negociación colectiva, en relación con los acuerdos de

---

de paralizar su aplicación" (CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue salarial...cit., p. 24-25).

<sup>544</sup> A estos efectos, la función vinculadora conferida a las comisiones paritarias, aunque de indudable valor (CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue...cit., p. 27-28), no evitaría la aludida desvinculación, toda vez que su intervención de configura como subsidiaria a la negociación del acuerdo y, en consecuencia, su actuación queda condicionada a una eventual frustración de la misma.

<sup>545</sup> Es evidente que las repercusiones que de ello se derivan para el propio derecho del trabajo, ya que "están aquí en juego el rol de la autonomía colectiva en la construcción de esta disciplina y la capacidad de vincular a las colectividades de trabajadores por los sindicatos representativos" (BORENFREUND, "La résistance...cit., p. 626).

<sup>546</sup> Si lo hiciera, no se plantearía ningún tipo de problema. Antes al contrario, el recurso del convenio al acuerdo habría que enmarcarlo dentro del contexto de las facultades de procedimentalizar el descuelgue que señala el art. 85.2 c ET. De este modo, sería al convenio supraempresarial al que le correspondiera "establecer sus propias relaciones con los acuerdos de empresa, otorgando a éstos capacidad para completar sus determinaciones o sólo para ejecutarlas, aplicándolas en su propio ámbito" (CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue>> salarial...cit., p. 27).

empresa, dicha función quedaría cumplida con la puesta a disposición de los sujetos colectivos de este instrumento normativo, enriqueciendo de este modo la práctica negocial. Pero aquí debe detenerse la intervención legal, dejando al libre juego de los sujetos colectivos el eventual uso de tal instrumento normativo. De lo contrario, los efectos de la misma serían contraproducentes y, por tanto, disfuncionales: la ley dejaría de promocionar a la negociación colectiva para pasar a coartarla e instrumentalizarla.

De este modo, la voluntad del legislador de potenciar el descuelgue salarial, a pesar de ser indiscutible como medida de política legislativa, no puede desconocer los límites específicos impuestos por el modelo constitucional de negociación colectiva. Más concretamente, el uso de los acuerdos de empresa para poner en práctica medidas legales no puede prescindir de la integración de éstos en el sistema de fuentes convencionales del derecho del trabajo. Las exigencias que se derivan de esta integración y, en concreto, la posición relativa del acuerdo respecto del convenio, claramente supeditada al mismo, impiden que la ley, en aras de la consecución de sus objetivos, otorgue al acuerdo una fuerza normativa que rompa la ordenación del sistema de fuentes colectivas. Ello no sólo significaría la instrumentalización del acuerdo de empresa, sino, por extensión, la pérdida de la funcionalidad que, como fuente del derecho, tiene constitucionalmente asignada la negociación colectiva.

En conclusión, en una interpretación integradora del precepto, la validez jurídica del acuerdo estaría condicionada a la existencia de una habilitación, más o menos

formal, pero expresa, de los sujetos partes del convenio<sup>547</sup>. En todo caso, si la voluntad de éstos, expresada o no en el convenio, es contraria a la apertura de procesos de inaplicación, no sería posible la existencia de los acuerdos del empresa previstos legalmente<sup>548</sup>. El papel de la ley, a la hora de habilitar la actuación de los acuerdos de empresa, es proporcionar a los sujetos colectivos un instrumento regulador para, en su caso, completar o ejecutar las decisiones normativas adoptadas en el convenio colectivo. Pero, en ningún caso, puede suponer la apertura de procesos negociadores puntuales que, desconectados de toda dinámica negocial, introduzcan regulaciones que alteren la lógica interna del sistema de negociación colectiva.

Sólo así, el acuerdo de empresa derogatorio, al tener que encontrar necesariamente su fundamento en el convenio superior<sup>549</sup>, no se configuraría como un instrumento regulador desvinculado del sistema global de negociación colectiva. Antes al contrario, aparecería plenamente integrado en el sistema de fuentes del derecho del trabajo, desempeñando una inestimable función reguladora que, precisamente, es la que va a fundamentar, a la postre, su supeditación al convenio colectivo.

---

<sup>547</sup> De este modo, la inexistencia de mención alguna a la inaplicación salarial en un convenio negociado con posterioridad a la reforma, "sólo puede interpretarse como el resultado de la voluntad negativa de los negociadores de excepcionar o limitar la aplicación general de su regulación salarial" (CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue salarial...cit., p. 26)."

<sup>548</sup> En este sentido, será la práctica negocial la que vaya otorgando al acuerdo de empresa su papel efectivo, que será más o menos intenso en función de la potencialidad reguladora que los sujetos colectivos, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso, estimen oportuno asignarle (algunos ejemplos de por donde está discuriendo esta práctica en, CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue>>, salarial...cit., p. 37).

<sup>549</sup> De este modo, en el convenio supraempresarial se pueden articular, mecanismos de control que, instrumentados a través de la comisión paritaria, efectúen un control diferido o mediato de la aludida vinculación. Sobre los ejemplos al efecto de la más reciente práctica negocial, v. CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue salarial...cit., p. 28).

### 2.3.1.2.- Naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo de empresa.

Como es fácilmente deducible de lo expuesto, la naturaleza normativa del acuerdo de empresa esta fuera de toda duda<sup>550</sup>, no siendo óbice para ello, ni las carencias de cauces procedimentales legales<sup>551</sup>, ni la ausencia de una expresa declaración legislativa al efecto<sup>552</sup>. De este modo, constatada la concurrencia de sujetos colectivos que, con poder de negociación verificado en el ámbito de la empresa, ejercen una indiscutible actividad negociadora, el acuerdo resultante no puede ser otra cosa que una manifestación, en el plano jurídico-positivo, de la negociación colectiva concebida como fuente material del derecho<sup>553</sup>.

---

<sup>550</sup> En todo caso, el debate sobre la naturaleza del acuerdo de empresa no puede plantearse partiendo de la base de su necesaria adscripción, bien a los convenios colectivos estatutarios, bien a los convenios colectivos extraestatutarios (planteando la duda al respecto, SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 62). Como producto específico de la negociación colectiva goza de una autonomía tipológica que le permite erigirse en categoría jurídica con capacidad de asumir una serie de rasgos propios, y ello con independencia de que estos rasgos (eficacia jurídica normativa, eficacia personal limitada o general) puedan ser compartidos con otras categorías afines.

<sup>551</sup> En contra, RIVERO LAMAS ("Estructuras...cit., p. 56), quien parece establecer una correspondencia entre la ausencia legal de un proceso de negociación específico para los convenios y la privación de la naturaleza normativa del acuerdo. Sin embargo, a pesar de la consecuente calificación de estos acuerdos como "informales" o "atípicos" (CASAS BAAMONDE, "<Descuelgue>...cit., p. 29), tal carencia no puede, *per se*, llevar consigo la degradación de su naturaleza jurídica que, sólo por ello, dejaría de ser normativa para pasar a ser contractual (así, sin embargo, OJEDA AVILÉS, "La delimitación...cit., p. 264); más concretamente, en relación con los acuerdos de determinación de las nuevas condiciones salariales, GARRIDO PÉREZ, "Las cláusulas...cit., p. 382 ss., que, paradójicamente, admite la aplicación analógica del régimen general previsto en el Título III ET).

<sup>552</sup> MERCADER UGINA, op. cit., p. 354. Poniendo de relieve, no obstante, las dificultades analíticas que provoca esta falta de explicitud legal (GARCÍA MURCIA, "La función...cit., p. 39).

<sup>553</sup> Su autonomía tipológica elude la necesidad de tener que ser calificado "de convenio colectivo estatutario" (CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 130), como medio de poner de relieve su carácter normativo y su eficacia general. No en vano, del modo en que han sido concebidos por el legislador reformista se deduce que "no se trata de una mera reforma terminológica, pues el calificativo de acuerdo de empresa lleva aparejado un distinto régimen jurídico respecto de los convenios del Título III" (CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 131). Asimismo, destacando su autonomía tipológica y, en consecuencia, su contribución al enriquecimiento del sistema de fuentes jurídico-laborales, GARCÍA MURCIA, "La función...cit., p. 48-49. En conclusión, como señalan FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/MARTÍNEZ BARROSO (art. cit., p. 23) respecto de las previsiones

Las controversias doctrinales que, no obstante, se han suscitado respecto de la calificación jurídica de los acuerdos de empresa<sup>554</sup>, aunque antiguas<sup>555</sup>, se plantean hoy al examinar las distintas habilitaciones legales de que ha sido objeto (principalmente, las contenidas en los artículos 40.2<sup>556</sup> y 51.4<sup>557</sup> ET, además de las ya aludidas, y especialmente problemáticas, de los artículos 41.2 y 82.3 ET<sup>558</sup>). En cualquier caso, la raíz del debate se encuentra,

---

contenidas en el art. 41 ET, "si sustancialmente constituye un proceso de negociación colectiva, su resultado se identifica en lo esencial con un convenio colectivo, con una manifestación específica del derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 de la Constitución, y ha de gozar de la fuerza vinculante garantizada por el mismo".

<sup>554</sup> V., al respecto, OJEDA AVILÉS, "Delimitación...cit., p. 256 ss. Este autor, partiendo de la dicotomía convenio/contrato se decanta a favor de asignar naturaleza contractual de todo tipo de acuerdo colectivo: "se trata de negocios jurídicos bilaterales con prestaciones sinalagmáticas: son contratos, con el tratamiento del Código civil y las pocas normas específicas establecidas para ellos en la legislación laboral" (p. 264).

<sup>555</sup> Un resumen de las mismas en GARCÍA MURCIA, "Criterios jurisprudenciales...cit., *passim*. En todo caso es advertible cómo "la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de los convenios colectivos extraestatutarios se extiende a todos los pactos colectivos distintos de los convenios colectivos estatutarios" (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 62).

<sup>556</sup> Para este autor, aunque no se pronuncia de forma explícita, la normatividad del acuerdo parece que está fuera de toda duda, no sólo porque "la adopción y aplicación de la medida de traslado habrá de regirse por lo pactado", sino, fundamentalmente, porque "el empresario habrá de respetar el contenido del acuerdo, tanto en lo que se refiera al número de traslados como a las condiciones en que habrían de efectuarse" (p. 105). El hecho de que se trate de una materia referida a la gestión empresarial del personal no significa, como hemos visto, que sea insusceptible de ser objeto de negociación colectiva, ni, por ende, resta un ápice a la normatividad del acuerdo que eventualmente se logre que, como tal, integrará un contenido sustantivo (no es pensable que los representantes se avengan a acordar sólo la ratificación de la medida empresarial, pues eso, lo tendrían de todos modos, sin necesidad de negociar, v. *ut supra*).

<sup>557</sup> Así, respecto al supuesto del art. 51 ET, que ya había sido objeto de controversia doctrinal y jurisprudencial con anterioridad a la reforma (v., entre otros, DE LOS COBOS ORIHUEL, "Los pactos de reorganización productiva", en *Manifestaciones...cit.*, p. 143 ss.; GÓMEZ CABALLERO: "El valor del Acuerdo de regulación de empleo del artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores y el derecho a contratar", RL-18/92, p. 53 ss.), existen pronunciamientos dispares. Así, negando su naturaleza normativa, el acuerdo contemplado ha sido calificado, bien, como "acto de naturaleza contractual y de efectos plurales" (DEL REY GUANTER: "Los despidos por <<causas empresariales>> y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)" en, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, cit., p. 204); bien, como "una especie híbrida entre la negociación colectiva y los acuerdos de naturaleza contractual", es decir, "un *tertium genus*" o "categoría jurídica nueva, caracterizada por la ausencia de valor normativo, y con eficacia potencial general, pero actual limitada" (SANTOS FERNÁNDEZ/TORRENTE GARI: "Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despido colectivo", AL-10/95; p. 162).

<sup>558</sup> V. *ut supra*.

como hemos visto, en las dudas sobre la fundamentación de los acuerdos en el artículo 37.1 CE<sup>559</sup>. Sin embargo, sólo si se parte de este presupuesto y se asumen todas las consecuencias que se derivan de tal opción<sup>560</sup>, es posible encontrar respuestas satisfactorias. De lo contrario, entraríamos de nuevo en el proceloso, y siempre insatisfactorio, camino de la fundamentación en clave contractualista<sup>561</sup>.

Como norma jurídica, el acuerdo de empresa despliega los efectos que le son propios. En consecuencia, se impone a las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación del mismo modo que el convenio colectivo, es decir, "desde fuera" y sin necesidad de mecanismos o técnicas complementarios<sup>562</sup>.

Siendo indubitada su eficacia normativa, algunas cuestiones plantea el alcance subjetivo de la misma<sup>563</sup>. En

---

<sup>559</sup> Aunque, a veces, sin "privar a los acuerdos de la cobertura del art. 37.1 CE", se concluye afirmando que "su eficacia jurídica no es normativa, sino contractual" (CASAS BAAMONDE, "Arbitrajes de consultas...cit., p. 5).

<sup>560</sup> V. ut supra, Cap. III.3.

<sup>561</sup> En este sentido, poniendo de manifiesto los inconvenientes que se derivan de la forzada reconducción de los acuerdos de empresa hacia "los estrechos márgenes de las reglas civiles sobre la contratación" (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 62). En términos generales, estas controversias doctrinales suponen una continuación del tradicional debate al respecto que, como hemos visto, se resume en la contraposición entre los contractualistas y los normativistas (un resumen del mismo, en GOERLICH PESET, "Los acuerdos...cit., p. 86 ss. y PRADOS DE REYES, "Acuerdos informales...cit., p. 90 ss., donde se ponen de manifiesto cómo las disfuncionalidades provocadas por las tesis contractualistas propiciaron la evolución jurisprudencial desde un contractualismo generalizado hasta un normativismo incipiente). En todo caso, teniendo como telón de fondo la controversia sobre el carácter (decisivo o no) de la intermediación legal en el desarrollo del art. 37.1 CE, resulta extrapolable aquí lo dicho respecto a los convenios colectivos de eficacia limitada (v. ut supra).

<sup>562</sup> En este sentido, SÁEZ LARA, ("Los acuerdos...cit., p. 68-69). Se trata de los típicos efectos imperativo, automático y sustitutivo, anudados a todo producto normativo. Este carácter, por sí mismo, bastaría para explicar de forma coherente el conjunto de efectos desplegados por los acuerdos de empresa, obviando la necesidad de operaciones que acaban diversificando la eficacia del acuerdo en función de su contenido (así, en relación en el artículo 51 ET, DEL REY GUANTER, "Los despidos...cit., p. 204-205; para este autor, en función de la materia, podrían distinguirse cláusulas de eficacia obligacional, cláusulas de eficacia normativa, y otras, ni obligacionales ni normativas).

<sup>563</sup> Sin dudas respecto en la atribución de estos acuerdos "eficacia general y valor normativo", MERCADER UGINA, op. cit., p. 354, suscribiendo al efecto la opinión de ESCUDERO RODRÍGUEZ ("Relaciones...cit., p. 55). Como hemos visto

principio, no habría ningún reparo en reconocer la posibilidad de existencia de acuerdos de empresa de eficacia personal limitada<sup>564</sup>. La negociación del acuerdo con una representación del personal en la empresa<sup>565</sup> que no alcanzase la mayoría del mismo, provocaría que los efectos quedaran limitados a los representados. Sin embargo, la propia naturaleza del ámbito de negociación traería consigo la necesidad de que la eficacia sólo pudiera ser general<sup>566</sup>, imponiéndose, en consecuencia, la necesaria concurrencia en la negociación de sujetos que ostentasen la mayoría de la

---

anteriormente, toda norma convencional desplegaba eficacia normativa, es decir, se imponía a las relaciones individuales con la misma "intensidad". Pero podía tener diversa eficacia personal, es decir, la "extensión" de su eficacia normativa podría abarcar un espectro mayor o menor de relaciones individuales sometidas, distinguiéndose al efecto, entre eficacia general y eficacia limitada. Sin embargo, no sería admisible, por ejemplo, anudar la eficacia general con la previa calificación contractual de la naturaleza del acuerdo (así, no obstante, GARRIDO PÉREZ, "Las cláusulas...cit., p. 383).

<sup>564</sup> En contra, OJEDA AVILÉS ("Delimitación...cit., p. 261-262) que postula la eficacia "ampliada" de todo acuerdo colectivo, resultado que se deduce inevitablemente, bien de las exigencias de legitimación previstas legalmente (es el caso de la mayoría de los acuerdos de empresa), bien de la propia naturaleza del acuerdo (es el caso de los acuerdos de fin de conflicto). Para este autor, sin embargo, partiendo de cánones hermenéuticos típicamente privatistas (en coherencia, por otra parte con la naturaleza contractual que asigna a los acuerdos colectivos), la eficacia general presunta que se les confiere a estos acuerdos no deriva de la representación ostentada por los sujetos negociadores (que no alcanzaría a producir tales efectos), siendo una excepción a "la plena libertad de forma para obligarse" (o "al espiritualismo del Ordenamiento de Alcalá") (ib.). En conclusión, para este autor, "lo típico de los acuerdos consiste en poseer eficacia erga omnes y naturaleza contractual" (art. ult. cit., p. 264), lo que, por paradójico (v. ut supra), explica todo el esfuerzo de fundamentación anteriormente desplegado.

<sup>565</sup> La alusión a la "empresa" como nivel negociador debe entenderse referida, en su caso, al centro de trabajo. El acuerdo de empresa, en consecuencia, puede ser un "acuerdo de centro"; pero también, "acuerdo de grupo", lo que, sin duda, incrementará los problemas de articulación entre los diversos productos convencionales. Sobre el tema, v., en relación con la experiencia francesa, CHOURAQUI/GAUTIER: "Les accords d'entreprise; de quel niveau parle-t-on?", DS-1/88; p. 17 ss.

<sup>566</sup> Como concluye CASAS BAAMONDE ("La estructura...cit., p. 299), "sea como fuere, tales acuerdos, para cumplir sus funciones, han de gozar en todo caso de eficacia personal general y ser aplicables a todos los trabajadores de la empresa". La misma conclusión (si bien sólo explícitamente en relación con el art. 41 ET), partiendo del "valor normativo" de acuerdo, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/MARTÍNEZ BARROSO, art. cit., p. 22). En todo caso, ninguna duda ofrecerían los acuerdos negociados, conforme a las reglas procedimentales, por los representantes unitarios (STSJ Can. de 15/04/94, RA 1626, cit. en OJEDA AVILÉS, "Delimitación...cit., p. 263). En derecho comparado se observa la existencia de mecanismos diversos para extender los efectos del acuerdo de empresa a la totalidad de los trabajadores, evitando así, tanto tratamientos desiguales como prácticas antisindicales del empresario (sobre el tema, BLANC-JOUVAN, "La négociation d'entreprise en droit comparé", cit., p. 720; asimismo, TREU, "La negociación colectiva...cit., p. 934-935).



representación laboral en la empresa<sup>567</sup>. La propia función normativa del acuerdo, la adaptación de contenidos más generales, se pondría en entredicho de admitir una solución diversa, toda vez que la duplicidad de regímenes acabaría distorsionando los efectos pretendidos, introduciendo unos niveles de confusión e incertidumbre incompatibles con un sistema ordenado de negociación colectiva. Por otra parte, se trataría de un problema de laboratorio, ya que, en buen lógica, el empresario jamás accedería a una negociación en tales condiciones, procurando, por el contrario, la eficacia general de lo acordado. En suma, la concurrencia de la mayoría de la representación laboral en la empresa constituye una exigencia ineludible para la negociación del acuerdo de empresa. Por un lado, porque de negociar la representación unitaria no sería legalmente admisible otra solución (art. 61 ET); por otro lado, porque de negociar la representación sindical, la necesaria eficacia general del acuerdo impondría, como garantía, la exigencia de que la representación laboral alcanzase esa mayoría.

#### 2.3.1.3.- Régimen jurídico del acuerdo de empresa.

La ausencia de un conjunto más o menos completo de normas sobre la producción jurídica, dirigida al establecimiento de los procedimientos de creación de los acuerdos de empresa<sup>568</sup>, que fuera parangonable al previsto para los convenios colectivos en el Título III ET, ha sido la principal causa de la confusión doctrinal en la

---

<sup>567</sup> Lo que se deduce, como veremos, de las exigencias de legitimación previstas legalmente (si bien, expresamente, sólo para ciertos casos). En base a ello, parte de la doctrina ha apostado claramente, además de por su naturaleza normativa, por la eficacia general de los acuerdos de empresa (en este sentido, entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva ordenación...cit., p. 88; GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 395).

<sup>568</sup> Esa "informalidad" ha constituido, precisamente, uno de sus elementos definidores (GOERLICH PESET, "Los acuerdos informales...cit., p. 83).

calificación jurídica de esta figura. En efecto, a diferencia de lo que ocurría con el convenio colectivo de eficacia limitada, no era posible poner en cuestión la viabilidad jurídica de los acuerdos de empresa, toda vez que existía un incontrovertido elenco de referencias legales a los mismos.

Las últimas reformas legislativas han dado un espaldarazo definitivo a la consolidación tipológica de esta fuente colectiva, sin que, por el contrario, tal auge se haya visto acompañado de una paralela atención al conjunto de reglas que han de regir su proceso de creación normativa. Siendo la misión de estas normas garantizar la función normativa propia de los acuerdos, habrían de estar dirigidas, principalmente, a la verificación de la existencia de un poder negociador suficiente (garantías subjetivas), por una parte, y al aseguramiento de que cuente con un determinado contenido material (garantías materiales), precisamente el que le corresponde como tal. Por último, cabría la existencia eventual de una serie de normas que tuviesen como objetivo el conocimiento o difusión del acuerdo, así como favorecer su control jurisdiccional (garantías formales).

Sin perjuicio de la oportunidad e idoneidad de la existencia de un régimen jurídico más o menos completo, de la parquedad legal no es posible deducir consecuencia alguna que afectare a su naturaleza jurídica y eficacia<sup>569</sup>. Como hemos apuntado, tratándose de un producto de la negociación colectiva (fuente material del derecho), su naturaleza normativa esta fuera de toda duda y, como tal, constituye un prius para el legislador que, como poder preordenado constitucionalmente, carece de la facultad de crear fuentes del derecho. En coherencia con lo anterior, tampoco puede

---

<sup>569</sup> Por ello, a pesar de que pueda entreverse la intención del legislador "de brindarles un espacio de indeterminación o ambigüedad favorable al ejercicio de sus funciones" (CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit., p. 299), en ningún caso, ello puede suponer un prejuicio para la calificación jurídica del acuerdo.

efectuar asignaciones constitutivas de eficacia normativa, pues referidas a una fuente del derecho, serían irrelevantes, sin que, de no serlo, pudiera tener efecto alguno tal asignación.

En definitiva, teniendo en cuenta estos presupuestos, en el estudio del régimen jurídico de los acuerdos de empresa, el análisis del dato legal hay que situarlo en el contexto del sistema jurídico en el que se integra, teniendo en cuenta, principalmente, la función normativa que desempeña en el mismo. Desde esta perspectiva, efectuaremos un repaso a las escasas y puntuales referencias legales al respecto, y ello, sin perjuicio de la eventual aplicabilidad del Título III ET<sup>570</sup>, habida cuenta de su carácter de "derecho común" de todo producto convencional<sup>571</sup>.

#### a) Garantías subjetivas.

Como hemos visto anteriormente, entre las garantías subjetivas se encontraban, principalmente, las reglas de legitimación negocial cuya misión era asegurar la concurrencia del poder colectivo necesario para crear una norma colectiva efectiva. Se trataba, por tanto, de verificar la correspondencia entre poder colectivo concurrente y ámbito de negociación. Junto a ellas, con una clara finalidad

---

<sup>570</sup> En contra de esta posibilidad, entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit.", p. 175.

<sup>571</sup> Por contra, para OJEDA AVILÉS ("Delimitación...cit.", p. 260) después de la reforma hay que entender rota "la constante hermenéutica" que, partiendo de la "centralidad del régimen de los convenios", establecía "una vis atractiva sobre los demás instrumentos en cuanto hubiera la más mínima duda". Sin embargo, aunque la reforma contribuya positivamente a la diferenciación tipológica de los diversos productos de la negociación colectiva, ello no es óbice para que el régimen legal del Título III ET pueda servir para cubrir análogamente eventuales lagunas que pudieran padecer el régimen jurídico del resto de instrumentos negociales, sin que ello signifique, ni mucho menos, negar la autonomía tipológica de cada uno de ellos. Se trataría, simplemente, de efectuar operaciones hermenéuticas que, partiendo de la base de la incuestionable autonomía, fueran capaces de resolver dichas lagunas con las debidas cautelas que, naturalmente, exige esa diferencia tipológica.

promocional, se establecía un deber de negociar de buena fe, cuyo alcance real, sin embargo, permanecía difuso en nuestro ordenamiento.

Pues bien, en la configuración legal de los acuerdos de empresa encontramos referencias concretas a ambos aspectos, con el claro objetivo de garantizar tanto la existencia como la efectividad de este tipo de normas colectivas.

Teniendo en cuenta que el ámbito de negociación es la empresa<sup>572</sup>, es comprensible la simplicidad de las normas de legitimación. En efecto, aunque en la mayoría de los casos sólo se efectúan referencias genéricas al "empresario" y a "los representantes de los trabajadores"<sup>573</sup>, hay ocasiones en las que se afina más, llegando a establecer reglas que dejan claro cual debe ser la legitimación plena o complementaria para la adopción del acuerdo (mayoría de la representación, en cada caso<sup>574</sup>), una vez que se concreta que, en relación con los trabajadores, aquella referencia genérica se desglosa en una expresa alusión a la legitimación (alternativa<sup>575</sup>) de las representaciones sindical y unitaria<sup>576</sup> establecidas en la empresa<sup>577</sup>.

---

<sup>572</sup> Entendida como concepto comprensivo tanto de la "empresa" en sentido estricto, como del "centro de trabajo" o cualquier otro tipo de unidad infrepresarial (en este sentido, destacando la "habitual confusión del ET" al respecto, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva ordenación...cit., p. 87).

<sup>573</sup> Por ejemplo, en el art. 82.3 ET, donde, sin que sea relevante, en un caso (acuerdo habilitante) menciona al "empresario" y en el otro (acuerdo regulador) a la "empresa". Esta última combinación es la que se usa de forma más generalizada, apareciendo en casi todos los "acuerdos subsidiarios" (arts. 22.1, 24.1, 34.2 ET) y, además, en el artículo 41.2 ET.

<sup>574</sup> V. al respecto, SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 71-72.

<sup>575</sup> SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 61. No hay que obviar, sin embargo, que, en cada caso, la decisión de cuál sea el sujeto negociador, que debe ser ajena al empresario (en contra, SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 52) estará fuertemente condicionada por la estrategia sindical (PRADOS DE REYES, "Representación unitaria...cit., p. 22).

<sup>576</sup> Así, tanto los arts. 40.2, 41.4 y 51.4 ET reproducen la misma fórmula: "Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de

Por otro lado, la inequívoca voluntad promocional del legislador respecto de este tipo de normas colectivas se plasma en el establecimiento de un explícito deber de negociar<sup>578</sup>. Aún cuando dicha explicitud sólo se encuentra en algunos de los supuestos de habilitación legal a los acuerdos de empresa<sup>579</sup>, no habría ningún problema en entenderla implícita en todos los demás casos<sup>580</sup>. De este modo, como en el caso de los convenios colectivos de eficacia general, el apoyo legal a un determinado producto de la negociación colectiva cristalizaría tanto en la determinación de los sujetos legitimados, como en el correlativo

---

representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos". Valorando positivamente esta explicitud legal, y mostrándose favorable a una aplicación analógica al resto de los supuestos en donde falta una alusión expresa al respecto, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva ordenación...cit., p. 84 ss. Como señala este autor, "una solución contraria implicaría (...) una ruptura de todo el esquema estatutario en la materia", es decir, "de la relación deliberadamente establecida entre los sujetos con capacidad suficiente y (...) los efectos jurídicos predicables de tales pactos" (p. 87). De este modo, la eliminación de la exclusión de la representación sindical en supuestos tales como el art. 51 ET, ha sido valorada positivamente por la doctrina, al suponer la superación definitiva de uno de los "desfases" del ET (DEL REY GUANTER, "Los despidos...cit., p. 203). En todo caso, no cabe duda de que estas reglas tienen preferencia frente a las del Título III ET a la hora de buscar el referente normativo a aplicar analógicamente en aquellos supuestos en los que no existe alusión explícita al respecto (en este sentido, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad...cit., p. 191).

<sup>577</sup> O, en su caso, bien en el centro de trabajo (admitiendo esta posibilidad, SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 61), bien en el grupo de empresas (sobre los problemas que, desde la perspectiva art. 41 ET, plantea esta posibilidad, v. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/MARTÍNEZ BARROSO, art. cit., p. 12-13).

<sup>578</sup> Y ello, sin perjuicio de que, concebidos con "un propósito de satisfacción del interés empresarial", en la mayoría de los casos, "la iniciativa negociadora corresponde o corresponderá al empresario", configurándose el deber de negociar como mecanismo "en favor del empresario" (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...cit., p. 65).

<sup>579</sup> En concreto en los acuerdos novatorios (art. 40.2 y 41.4 ET), suspensivos y extintivos (51.4 ET). En todos ellos se repite, de nuevo, la misma fórmula legal: "Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo". Poniendo énfasis en el alcance de esta innovación legal, especialmente en relación con el régimen de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/MARTÍNEZ BARROSO, "La modificación...cit., p. 3 ss.).

<sup>580</sup> En contra, SÁEZ LARA ("Los acuerdos...cit., p. 72), para quien "dada la naturaleza excepcional de la fijación de una obligación legal de negociar, en cuanto intromisión estatal en el proceso negociador, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva".

establecimiento de un deber de negociar<sup>581</sup>.

#### **b) Garantías materiales.**

La promoción legal de los acuerdos de empresa debe completarse, en buena lógica, con el acotamiento de una parcela propia de actuación dentro del espacio material genéricamente asignado a la negociación colectiva. Esta reserva competencial<sup>582</sup> en favor de los acuerdos se efectúa simultáneamente a la habilitación legal, existiendo una indisoluble conexión entre ambos aspectos: se hace una llamada expresa a la intervención del acuerdo de empresa para que entre a regular una determinada materia<sup>583</sup>.

Pero la función de la ley, inevitablemente contextualizada en el marco general de la promoción a la negociación colectiva como fuente del derecho, tiene un doble carácter. Por un lado, en positivo, tiene como misión el mencionado acotamiento material en favor del acuerdo, garantizando así un espacio regulador propio. Por otro lado, en negativo, supone la imposibilidad de que el contenido del acuerdo supere los márgenes competenciales que le han sido marcados a la hora de habilitar su intervención. Las exigencias de coherencia interna impuestas por la ordenación sistemática del sistema de fuentes colectivas (presupuesto de funcionalidad reguladora de la negociación colectiva)

---

<sup>581</sup> Es destacable, no obstante, el mayor alcance que el mecanismo del deber de negociar tiene respecto de los acuerdos, al no encontrar la limitación de la vigencia del convenio preexistente (CRUZ VILLALÓN, "El artículo 41...cit., p. 133).

<sup>582</sup> Destacando la trascendencia y alcance de la misma, CASAS BAAMONDE, "<<Descuelgue salarial>>, acuerdos de empresa...cit., p. 23.

<sup>583</sup> En este sentido, como subraya CASAS BAAMONDE ("La estructura...cit., p. 300), de la atención recibida por el legislador, se deduce que son éstos (contenido y funciones) los "aspectos verdaderamente significativos" de los acuerdos de empresa.

imponen la predeterminación del ámbito de actuación habilitado para el acuerdo, y ello, sin perjuicio de que, finalmente, la propia dinámica de las fuentes colectivas permita o no la efectividad de esa actuación reguladora del acuerdo<sup>584</sup>.

### **c) Garantías formales.**

En el conjunto de las normas legales referidas a los acuerdos de empresa no se aprecia la existencia de reglas específicas dirigidas al establecimiento de formalidades que deban ser observadas una vez finalizado el proceso negociador. Tampoco, una genérica remisión al régimen estatutario (art. 90 ET). Pudiera pensarse que la pregonada informalidad de este tipo de acuerdos tiene, precisamente aquí, su definitivo corolario. De este modo, concebidos por el legislador como instrumentos de regulación flexible, con el objetivo, por tanto, de dotar de agilidad a la dinámica negocial<sup>585</sup>, la figura de los acuerdos de empresa estaría exenta del sometimiento a una mínima formalización<sup>586</sup> que, como tal, se estimaría contraproducente con la función asignada a la misma.

Sin embargo, como norma jurídica, dicho sometimiento no es sólo conveniente, sino necesario para garantizar, no sólo las exigencias del principio de seguridad jurídica (9.3 CE),

---

<sup>584</sup> No olvidemos lo dicho anteriormente acerca de la necesaria vinculación entre acuerdo y convenio, así como del carácter constitutivo de la habilitación convencional.

<sup>585</sup> Como señala SÁEZ LARA ("Los acuerdos...cit., p. 61), no sin reparos, la informalidad es un carácter "funcional a las exigencias de rapidez, agilidad y flexibilidad de la gestión empresarial".

<sup>586</sup> Como señala CRUZ VILLALÓN ("El artículo 41...cit., p. 134), se pone de relieve "un deseo de afianzar la flexibilidad en incluso si se quiere la informalidad de los acuerdos de empresa, que lleva a que el legislador suprima todo este tipo de requisitos de tramitación y formalización".

sino también su efectividad (que no su validez<sup>587</sup>) en la ordenación del ámbito de las relaciones laborales sobre el que tenga pretensión de ser aplicada. De este modo, como vimos en relación con el convenio colectivo de eficacia limitada, la aplicación analógica de algunas de las previsiones contenidas en el artículo 90 ET deviene insoslayable<sup>588</sup>, toda vez que tiene como función garantizar la mencionada efectividad de la norma colectiva una vez que ha nacido al mundo del derecho. A estos efectos, la exigencia de forma escrita (art. 90.1 ET) deviene una regla esencial, pues constituye el único modo de que la norma tenga consistencia jurídica y pueda ser, posteriormente, conocida por los destinatarios. Este conocimiento se vería enormemente favorecido por el depósito, registro (90.2) y publicación (90.3 ET) del acuerdo<sup>589</sup>, sin que ello signifique una actividad de control u homologación por parte de la administración<sup>590</sup>. Siendo norma jurídica, lo hemos visto, sólo cabría, en su caso, el correspondiente control jurisdiccional (art. 151.1 LPL)<sup>591</sup>. Por su parte, en lo que

---

<sup>587</sup> Sobre esta esencial diferencia, v. ut supra, Cap. II.3.3.

<sup>588</sup> En contra, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva ordenación...cit.", p. 89; OJEDA AVILÉS, "Delimitación...cit.", p. 262; asimismo, CRUZ VILLALÓN ("El artículo 41...cit.", p. 134) que, no obstante, se muestra favorable de la aplicación de la obligación de formalización escrita (art. 90.1 ET) a los acuerdos.

<sup>589</sup> En este sentido, hay que traer a colación, tanto el RD 1040/1981, de 22 de mayo, que no sólo contempla imperativamente el registro de los convenios colectivos, sino también el de los acuerdos, laudos o pactos con "eficacia de convenio" (art. 2.f), como el RD 530/1985, de 8 de abril, referido al depósito de convenios y "demás acuerdos colectivos" (v. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad y pluralidad...cit.", p. 176, que pone de relieve lo "inusual" de las inscripciones registrales de los mismos, principalmente debidas a la confusión en torno a su naturaleza jurídica, sin duda "el tema más complejo de los relacionados con tales figuras").

<sup>590</sup> De este modo, la publicación del acuerdo como anexo al acto administrativo por el que se aprueba un expediente de regulación de empleo, no supone una homologación del acuerdo, sino un control de legalidad exclusivamente referido a la concurrencia de los requisitos (causales y procedimentales) previstos para la adopción del mismo. En todo caso, como procedimiento de publicidad, garantiza la efectividad del mismo.

<sup>591</sup> En este sentido, admitiendo una interpretación "omnicompresiva" de este precepto, BAYLOS GRAU/CRUZ VILLALÓN/FERNÁNDEZ LÓPEZ: Instituciones de Derecho Procesal Laboral, TROTTA-MADRID, 1991; p. 234; asimismo, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad...cit.", p. 195.



se refiere a la publicación, teniendo en cuenta que constituye una garantía de efectividad, bastaría con cualquier medio que fuera suficiente para que se produjera su conocimiento por los destinatarios.

### 2.3.2.- El acuerdo interprofesional.

Entre los "acuerdos colectivos" que son objeto de alusión expresa por parte del legislador destacan, de forma señalada, los llamados "acuerdos interprofesionales"<sup>592</sup>. Como producto especialmente cualificado de la negociación colectiva, su importancia desde el punto de vista del sistema de fuentes está fuera de toda duda. Su necesaria inserción en el mismo, sin embargo, sólo puede hacerse una vez perfilados los contornos de su figura en el contexto de la creación jurídica, cuestión nada pacífica, a la vista de la polémica doctrinal y jurisprudencial desatada en su día<sup>593</sup>.

---

<sup>592</sup> En nuestro país, se han ocupado de esta figura, entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA: "Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores", cit.; DE LA VILLA GIL: Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática, MTSS-MADRID, 1985; idem: "Naturaleza del acuerdo marco interprofesional", HERNÁNDEZ GIL: "Eficacia de los acuerdos marco interconfederales", ZORRILLA RUIZ: "La estructuración de la negociación colectiva a través de los acuerdos interprofesionales", todos en el volumen colectivo, Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral, IELSS-MADRID, 1985, pp. 12 ss., 93 ss. y 43 ss., resp.; PÉREZ DE LOS COBOS: "Los pactos sociales y los acuerdos y convenio colectivo marco", en Manifestaciones... cit., p. 11 ss.; MORENO VIDA, Los pactos sociales en el derecho del trabajo, UG-GRANADA, 1989. En derecho comparado, la problemática de los acuerdos interprofesionales también ha tenido eco en la doctrina. Así, en la doctrina francesa, destacan los trabajos de MORIN/TEYSSIER: "L'accord-cadre", DS-88, p. 741 ss.; LANGLOIS: "Droit public et droit social en matière de négociation collective: l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle", DS-1/92, p. 5 ss.; RODIÈRE: "Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle..." cit.; JEAMMAUD: "Le nouveau régime du temps de travail", cit.; COIN: "L'accord national interprofessionnel du 21 mars 1989 sur l'aménagement du temps de travail", DS-89, p. 500 ss.; LUTTRINGER, "L'accord national interprofessionnel du 3 juillet 1991 relatif à la formation et au perfectionnement professionnels", DS-91, p. 800 ss.

<sup>593</sup> Esto es, en la llamada etapa de la concertación social, caracterizada por la proliferación de este tipo de prácticas negociales (sobre el contenido y el significado de los diversos acuerdos alcanzados v., entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos..." cit., p. 371 ss.; asimismo, DE LA VILLA, Los grandes... cit.). Su menor relieve en la actualidad, no resta importancia esta figura como cauce de expresión normativa eventualmente utilizable por los sujetos colectivos y, en consecuencia, nos obliga necesariamente a habilitar un espacio para su estudio.

La raíz de las controversias suscitadas por este tipo de acuerdos está en el modo en que se ha llevado a cabo su configuración legal. La repetidamente denunciada confusión que caracteriza al artículo 83.2 y 3 ET<sup>594</sup> se debe, quizás, a la artificiosa inserción de esta figura en el mencionado precepto. En efecto, el hecho de que no haya sido objeto de una regulación específica como producto diferenciado de la negociación colectiva<sup>595</sup>, sino que, por el contrario, la alusión legislativa se produzca a la hora de ordenar la estructura negocial que ha de regir la producción de convenios colectivos de eficacia general (arts. 83 y 84 ET), ha traído consigo el desdibujamiento de su configuración jurídica.

Esta falta de nitidez, no obstante, debe ser suplida mediante un análisis de la figura con virtualidad para dar cuenta de su papel en la estructura del sistema de fuentes colectivas. Para ello, habrá que partir necesariamente de la indagación de su función en el contexto de la dinámica negocial, presupuesto fundamental en su configuración jurídica.

#### 2.3.2.1.- La función normativa del acuerdo interprofesional y su conceptualización jurídica.

---

<sup>594</sup> V., por todos, PÉREZ DE LOS COBOS, "Los pactos...cit.", p. 23. Como señala DE LA VILLA (*Los grandes...*cit., p. 15), ello justifica, quizás, que los sujetos colectivos no hayan manifestado "inquietud alguna por subsumir sus pactos en el exigente corsé del marco legal", y hayan terminado creando "denominaciones *ad hoc*", no exentas de oportunismo, para bautizar sus creaciones pactadas".

<sup>595</sup> Lo que hubiera conllevado la reserva de un espacio propio en el Título III ET, pretensión que, sin embargo, choca con el, ya comentado, reduccionismo con que el legislador ha contemplado la formalización positiva de la negociación colectiva como fuente material del derecho, sólo concretada en un tipo normativo: el convenio colectivo de eficacia general (v. *ut supra*, Cap. III.3).

En términos generales, como oportunamente ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, la función de los acuerdos interprofesionales no es otra que la de servir de cauce para el gobierno o control colectivo de las relaciones laborales<sup>596</sup>. Como es obvio, una función de tal relevancia plantea una serie exigencias estructurales que, ineludiblemente, encuentran plasmación en la configuración jurídica de este tipo de acuerdos y que, a la postre, van a fundamentar su autonomía tipológica<sup>597</sup>. Estas exigencias se proyectan sobre los dos planos fundamentales en los que se desglosa estructuralmente toda norma colectiva: el subjetivo y el material<sup>598</sup>.

En el plano subjetivo, las exigencias funcionales van a imponer la concurrencia de un cualificado poder negociador que se concretarán, en el plano positivo, en la integración de un determinado quantum de representatividad.

En el plano material, tales exigencias se traducirán en la delimitación de un contenido "típico" para este tipo de acuerdos que, sin llegar a constituir una especie de reserva

---

<sup>596</sup> V. RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA "Acuerdos...cit., p. 364-365 y doctrina que se cita. Como señalan estos autores, valorando el alcance funcional de estos acuerdos respecto de los convenios colectivos, "lo garantizado es la negociación colectiva, el sistema complejo, variado, de ordenación global que ella supone y no sólo el resultado puntual de la misma bajo el aspecto de convenio colectivo de trabajo". En parecidos términos, MORIN/TEYSSIER ("L'accord-cadre", cit., p. 741) destacan cómo la originalidad de su función consiste en el rol que desempeñan en la fijación de "las orientaciones, los métodos o el objeto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva a diferentes niveles". En definitiva, el acuerdo interprofesional evoca "la construcción de un orden colectivo y, de forma más precisa, de un orden colectivo negociado", aclarando, de este modo, "la dinámica propia del derecho a la negociación colectiva, cuyo lugar y rol respecto del contrato individual y del orden estatal no cesan de transformarse" (ib., p. 753).

<sup>597</sup> En este sentido, el apoyo legal a este tipo de acuerdos, que parte de la base de un juicio de valor positivo en relación con el mencionado "autogobierno" de los sujetos colectivos, tiene por objeto propiciar "la posibilidad de que aquéllos establecieran nuevas formas de negociación, que irían a situarse al lado de las tradicionales formas aceptadas por todos" (DE LA VILLA, Los grandes...cit., p. 16).

<sup>598</sup> De ahí que, como veremos en el análisis del régimen jurídico de estos acuerdos, su proceso de juridificación formal se va plasmar en el establecimiento de una serie de garantías subjetivas y materiales, cuyo objeto no es otro que el de asegurar la funcionalidad de los mismos.

competencial a su favor suponga, no obstante, la asunción preferente de determinadas materias.

Teniendo en cuenta el carácter definidor de estas peculiaridades estructurales, habrá que partir de la mismas para llevar a cabo la correspondiente (y necesaria) labor de delimitación jurídica de la figura. Así, sus peculiaridades subjetivas nos servirán para distinguir el acuerdo interprofesional de otras figuras (sólo) funcionalmente afines en el contexto de la concertación social: los pactos sociales (a). Por su parte, las peculiaridades materiales serán determinantes a la hora de efectuar la distinción, dentro del sistema de fuentes colectivas, entre el acuerdo interprofesional y el producto negocial por excelencia: el convenio colectivo (b).

**a) Delimitación subjetiva: el acuerdo interprofesional y los pactos sociales.**

Una de las cuestiones problemáticas debatidas por la doctrina ha sido la procedencia o no de la identificación conceptual del conjunto de productos resultantes de la llamada concertación social<sup>599</sup>. En efecto, la dinámica concertadora desarrollada desde la transición

---

<sup>599</sup> De este modo, en el contexto de las relaciones industriales, el desarrollo del acuerdo interprofesional, como técnica reguladora específica, se explica sociológicamente por tres razones: una evolución de las estrategias sindicales; una evolución de los objetos de la negociación colectiva (empleo, formación profesional, nuevas tecnologías, condiciones de trabajo y de productividad); y una evolución de las estructuras económicas (sobre el tema, v. MORIN/TEYSSIER, art. cit., p. 742 ss.; un comentario ilustrativo del debate en la experiencia italiana en CATALINI TONELLI, "Gli accordi trilaterali e la garanzia costituzionale dell'autonomia collettiva", RGL-85(I), p. 381 ss.). En todo caso, en lo que se refiere a nuestro país, es destacable "la importancia constitutiva en la ordenación de las relaciones laborales" que han tenido las prácticas de concertación social (BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo... cit., p. 120 ss.)

supuso la proliferación de un buen número de "acuerdos en la cumbre"<sup>600</sup>. A pesar de su coincidencia funcional y objetiva, desde el punto de vista subjetivo no eran todos homologables, habida cuenta de la presencia del gobierno en alguno de ellos (tripartitos<sup>601</sup>).

Este tipo de acuerdos, llamados "pactos sociales"<sup>602</sup>, fruto de prácticas típicamente neocorporativistas<sup>603</sup>, tenían la peculiaridad añadida de contener materias de diversa índole y alcance<sup>604</sup>. La complejidad de su contenido provenía de que parte de él era plasmación de un intercambio político entre los agentes sociales y el gobierno y, otra parte, acuerdos bilaterales entre aquéllos sobre materias típicamente negociales<sup>605</sup>.

#### Las respuestas doctrinales sobre la naturaleza jurídica

---

<sup>600</sup> Como señala DE LA VILLA (*Los grandes...* cit., p. 21), su "tipología desborda el confuso y pobre esquema contenido en el artículo 83.2 y 3 de la LET"

<sup>601</sup> Destacando la dificultad de incardinación jurídica de este tipo de acuerdos, SCIARRA/WEDDENBURN, "Il contratto collettivo..." cit., p. 97.

<sup>602</sup> Así podemos calificar al Acuerdo Nacional de Empleo (ANE), de 9 de junio de 1981, al Acuerdo Económico y Social (AES), de 9 de octubre de 1984. Un análisis detenido de esta figura en MORENO VIDA, op. cit., p. 249 ss.

<sup>603</sup> Sobre las características de este peculiar "neocorporativismo negociado", v. RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos..." cit., p. 375 ss.; críticamente, DE LA VILLA (*Los grandes...* cit., p. 20) resalta de estos pactos sus "afanes de grandilocuencia, viéndose en ellos auténticos milagros de la política, con propiedades taumatúrgicas para los males económicos y sociales". Un estudio comparado de los diversos modelos existentes en, MORENO VIDA, op. cit., p. 69 ss.

<sup>604</sup> Paradigmático al respecto es el contenido del AES (v. MORENO VIDA, op. cit., p. 289 ss.).

<sup>605</sup> Como ha sido señalado por la doctrina, "los acuerdos colectivos interprofesionales pueden estar dotados de una naturaleza múltiple y de una eficacia jurídica varia; fenómeno que puede producirse aun dentro de los acuerdos singularmente considerados" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos..." cit., p. 379). En este sentido, se ha aludido a la existencia en el ANE, una vez constado su "contenido plural, al estar formado por distintos institutos político-jurídicos" (BORRAJO DACRUZ, "Eficacia..." cit., p. 721) de "negocios jurídicos entrecruzados" (DE LA VILLA, *Los grandes...* cit., p. 33) que hace que sea calificado de "negocio jurídico coaligado" (ib., p. 42). Asimismo, en relación con el ANE, GARCÍA BECEDAS ("El Acuerdo..." cit., p. 90) ha puesto de relieve la complejidad de su estructura interna, "donde cabe encontrar una gran diversidad de pactos, desde gérmenes de acuerdos de planificación y compromisos de acción política, a declaraciones unilaterales de voluntad y estipulaciones bipartitas o tripartitas".

y efectos de este tipo de acuerdos han sido bastante diversas<sup>606</sup>. Todas ellas, no obstante, tenían como objetivo resolver los diversos problemas de aplicabilidad que se suscitaban, a veces complejos, ante la dificultad de fundamentar su vinculabilidad desde parámetros estrictamente jurídicos<sup>607</sup>. Por ello, algunas de las soluciones esbozadas pasaban por la escisión del contenido de los pactos a efectos de calificar su vinculabilidad. De este modo, sólo la parte del contenido que plasmara un compromiso bilateral entre los agentes sociales, al gozar de la naturaleza de un acuerdo interprofesional, desplegaría eficacia jurídica y, en consecuencia, su incumplimiento daría lugar, en última instancia, a las acciones procesales pertinentes. Por el contrario, la intervención del gobierno haría que el resto del contenido sólo fuese un compromiso político, y por ello, un eventual incumplimiento sólo sería sancionable políticamente.

En el fondo, detrás de esta diferenciación subyace la verificación práctica del doble rol subjetivo que pueden desempeñar los agentes sociales: en un caso, sujetos sociales; en otro caso, sujetos políticos. Teniendo ambas esferas idéntico fundamento constitucional (art. 7 CE), sólo en el segundo caso, sin embargo, los sujetos colectivos actuarían como sujetos negociadores (ex art. 37.1 CE) y, en

---

<sup>606</sup> Así, sobre el debate doctrinal y jurisprudencial en torno al ANE, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit.", p. 386 ss.; asimismo, GARCÍA BECEDAS: "El Acuerdo Nacional sobre Empleo y la cláusula de <<consolidación sindical>", REDT-13/83, p. 63 ss. Sobre el significado del AES, son ilustrativos los trabajos RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Negociación colectiva y acuerdos sociales", PEE-22/85, p. 282 ss.; BAYLOS GRAU: "La intrincada frondosidad de los Acuerdos Tripartitos. Sobre la naturaleza jurídica del AES", La Ley, 1985, p. 1166.; SALA FRANCO/RAMÍREZ MARTÍNEZ: "Problemas jurídicos en la aplicación del AES", AL-14/85, p. 741 ss.; BORRAJO DACRUZ: "Eficacia jurídica del AES", AL-14/85, p. 721 ss. En todo caso, el juicio sobre la calificación jurídica de este tipo de acuerdos debe prescindir de la importancia práctica que hayan podido tener los mismos (en este sentido, en relación con el ANE, DE LA VILLA, Los grandes...cit., p. 34).

<sup>607</sup> Sobre el tema, v. MORENO VIDA, op. cit., p. 170 ss., un ejemplo al respecto en SALA FRANCO/RAMÍREZ MARTÍNEZ: "Problemas jurídicos en la aplicación del AES", cit.

consecuencia sólo entonces ejercerían el poder normativo del que son titulares.

La duda no se plantea, sin embargo, en torno a la posibilidad de que los sujetos colectivos puedan desempeñar ambos roles, cuestión que como tal es incontrovertida, sino cuáles son las consecuencias que se derivan de su ejercicio simultáneo en un mismo acto, principalmente, respecto de la calificación jurídica del acuerdo resultante.

Si partimos de una consideración unitaria de la naturaleza del acuerdo, es decir, de su inescindibilidad a efectos de calificación<sup>608</sup>, es obvio que la presencia del poder político haría imposible el recurso al art. 37.1 CE para fundamentar su vinculabilidad<sup>609</sup>. Por tanto, su asimilación con el acuerdo interprofesional, producto indiscutido de la negociación colectiva entre representantes de trabajadores y empresarios<sup>610</sup>, sería a todas luces

---

<sup>608</sup> Conclusión que cuenta, además, con el argumento, nada desdeñable, de la propia voluntad de las partes, favorables a su consideración como "un todo unitariamente concatenado". Esta voluntad, sin embargo, se muestra incompatible con la simultánea pretensión de aquéllas de otorgar "naturalezas jurídicas diferentes para cada uno de sus dos títulos" (Preámbulo AES).

<sup>609</sup> Este ha sido el sentido de las últimas sentencias del TCT al respecto, fundamentalmente a raíz de la STCT de 10 de junio de 1983 sobre el ANE (v. el comentario de la misma en DE LA VILLA, *Los grandes...* cit., p. 37; también, junto con otras del mismo tenor, en BORRAJO DACRUZ, "Eficacia..." cit., p. 725). Como concluye esta sentencia, "la presencia del Gobierno en la negociación, junto a las organizaciones sindicales y patronales más representativas, desvirtúa la horizontalidad que por esencia es propia de la negociación colectiva, pues la fuerza vinculante que atribuye el artículo 37.1 de la Constitución a los convenios, deriva del derecho a negociar conferido a los representantes de los trabajadores y empresarios y por eso la apariencia de acuerdo interprofesional que el ANE tiene queda desvirtuada por la presencia del poder público y es más adecuado darle la calificación de pacto social, que nunca podrá ser interpretado desmembrándolo en diversas partes para otorgarle a algunas naturaleza de convenio y a otras carácter distinto, ya que ha de ser analizado globalmente".

<sup>610</sup> De ahí que también queden descartados los llamados "acuerdos interconfederales limpios" (DE LA VILLA, *Los grandes...* cit., p. 47 ss.), ya que, por celebrarse, bien entre asociaciones empresariales, bien entre sindicatos, se sitúan al margen del proceso dialéctico que define la esencia de la negociación colectiva como fuente del derecho.

improcedente. No se trataría de negociación colectiva<sup>611</sup>, sino de una actividad de intercambio político irrelevante, en principio, para el mundo del derecho.

Si, por el contrario, defendemos la posibilidad de escindir el acuerdo en función de su contenido, estamos aceptando que un mismo acto sea susceptible de ostentar una naturaleza híbrida: parte norma colectiva y parte compromiso político.

Parece que, en la medida en que sea posible delimitar ambos contenidos, habría que apostar por esta última solución. De este modo, a pesar de que la presencia del poder político pudiera impregnar el desarrollo de la negociación, lo cierto es que si existen compromisos que sólo involucran directamente a empresarios y trabajadores, no habría ningún obstáculo para fundamentar su vinculabilidad en el artículo 37.1 CE. De este modo, la parte del acuerdo que integre el resultado de acuerdos bilaterales será, propiamente, negociación colectiva, sin que la presencia del gobierno en toda la negociación ni la existencia de acuerdos a tres bandas desvirtúen la naturaleza de aquellos acuerdos, respecto de los cuales, el poder político juega, a lo sumo, un papel de mero coadyuvante en el proceso negocial.

**b) Delimitación material: el acuerdo  
interprofesional y el convenio colectivo.**

Como producto de la negociación colectiva, el

---

<sup>611</sup> En este sentido, en relación con el ANE, v. GARCÍA BECEDAS, "El acuerdo...cit., p. 87 ss.; también, BORRAJO DACRUZ, "Eficacia...cit., p. 724; asimismo, destacando la presencia del gobierno como elemento decisivo al respecto, MORENO VIDA, op. cit., p. 174.



acuerdo interprofesional va a encontrar el fundamento de su autonomía tipológica en su delimitación (negativa) frente al convenio colectivo. Integrado dentro de la genérica categoría de los "acuerdos colectivos", comparte con todos ellos el rasgo delimitador: el elemento material. En efecto, como hemos visto, el denominador común a todos los acuerdos colectivos venía dado por el hecho de que en su contenido estaba ausente la vocación de regulación completa del conjunto de condiciones de trabajo que, por el contrario, caracterizaba al convenio colectivo. De este modo, su contenido puntual o parcial se erigía en el dato distintivo por excelencia que, sin embargo, no era otra cosa que la proyección tangible o material de sus funciones respectivas.

El acuerdo interprofesional, por lo tanto, compartiendo la configuración del elemento subjetivo con el convenio colectivo<sup>612</sup> (como no podría ser de otra manera, si tenemos en cuenta su común naturaleza de norma convencional), se va a diferenciar tipológicamente de él en su función y, en consecuencia, también en su contenido<sup>613</sup>.

De este modo, con independencia del tipo de materias que puedan ser objeto de regulación vía acuerdo interprofesional, así como del modo en el que se produzca la asignación competencial (legal o convencionalmente), lo decisivo es que, en todo caso, se trata de regulaciones puntuales o parciales. De lo contrario, estaríamos ante un convenio colectivo<sup>614</sup>,

---

<sup>612</sup> Y ello, sin perjuicio de las matizaciones que habrá que hacer más adelante al respecto, con indudables repercusiones en el plano aplicativo (v. infra, 3).

<sup>613</sup> De este modo, teniendo en cuenta su función, su contenido habrá de versar sobre "la ordenación, regulación, modalización y armonización de la negociación colectiva misma" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 360).

<sup>614</sup> En este sentido, admitiendo la llamada "pretensión de completezza" como elemento delimitador entre convenio colectivo y acuerdo interprofesional sobre materia concreta, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 362.

sin que la asunción por éste de materias "típicas" (no exclusivas) de los acuerdos interprofesionales y su consiguiente regulación junto al resto de su contenido, desvirtúen tal conclusión. En definitiva, salvo que exista expresa reserva competencial (sea legal o convencional), una misma materia (por ejemplo, la estructura de la negociación colectiva) puede ser asumida tanto por el acuerdo interprofesional como por el convenio colectivo<sup>615</sup>. Sin embargo, hay una diferencia cualitativa que no puede pasar desapercibida. Cuando el convenio colectivo sectorial asume la competencia de ordenar la estructura de la negociación colectiva no está renunciando a la función que lo define: en sentido amplio, está efectuando una regulación del conjunto de las "condiciones de trabajo" potencialmente regulables en su ámbito de aplicación, entre las cuales (siendo un convenio de sector), se incluye la ordenación de la estructura negociadora en el sector. Por el contrario, cuando esa misma materia es regulada mediante un acuerdo interprofesional, la diferencia no es sólo cuantitativa (mayor ámbito), sino cualitativa, ya que, como fuente formal del derecho, está cumpliendo, asimismo, la función que lo define: el gobierno de las relaciones (colectivas) de trabajo.

Trasladados al artículo 83.2 y 3 ET, el debate sobre la diversidad tipológica que resulta de estos preceptos<sup>616</sup> se simplifica bastante. De este modo, más allá de la confusa literalidad de la redacción legal, donde se alude además de a los "acuerdos interprofesionales", a los llamados "acuerdos sobre materias concretas" y a los "convenios colectivos", sólo nos encontramos con dos tipos de fuentes colectivas. Por un lado, el convenio colectivo; por otro lado, el acuerdo

---

<sup>615</sup> En este sentido, MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios...p. 65.

<sup>616</sup> V. un resumen de los términos por los que ha discurrido el mismo en, MORENO VIDA, op. cit., p. 197 ss., esp. n. 64.

interprofesional<sup>617</sup>. Los llamados "acuerdos sobre materias concretas" no son otra cosa que acuerdos interprofesionales con contenido sustantivo, matiz que, en sí mismo, es insuficiente para fundamentar una tipificación diferenciada<sup>618</sup>. No hay que olvidar que, bien sea a través de normas procedimentales, bien, a través de normas sustantivas, el acuerdo interprofesional puede llevar a cabo su función de gobierno de las relaciones colectivas de trabajo y, concretamente, la ordenación de la negociación colectiva<sup>619</sup>.

Por ello, la alusión al convenio colectivo hay que enmarcarla, asimismo, en el contexto funcional del artículo 83 ET. En este sentido, una vez declarada la libertad de elección de unidades de negociación, el legislador, urgido por la necesidad de mantener un cierto orden en el sistema de negociación colectiva, encomienda esta misión a los

---

<sup>617</sup> La propia literalidad del precepto avala esta diferenciación, pues no cabría entender de otro modo la alusión disyuntiva de ambas figuras en el art. 83.2 ET, al hacerla inexplicable (OJEDA AVILÉS, "Delimitación...cit., p. 260) ni tampoco, la remisión explícita al "tratamiento de los convenios colectivos" del art. 83.3 ET. No obstante, la soluciones simplificadoras de la doctrina han sido diversas. Así, para DE LA VILLA (Los grandes...cit., p. 42), a pesar de que, igualmente, es partidario de "limitar la clasificación a dos únicas categorías", acaba realizando esta distinción entre los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos, por un lado, y los acuerdos para materias concretas, por otro.

<sup>618</sup> De este modo, a pesar de que "la finalidad de estos acuerdos para materias concretas no es la de estructurar o articular la negociación colectiva, sino la de establecer regulaciones sustantivas o materiales" (DE LA VILLA, Los grandes...cit., p. 25 ), podría entenderse que, más que finalidad última de este tipo de acuerdos, la regulación de materias sustantivas es propiamente un medio para llevar a cabo la función que, realmente, le ha sido encomendada: el gobierno de las relaciones colectivas de trabajo. Esta solución, que contaría con el aval hermenéutico de la inserción sistemática de estos acuerdos en el contexto de la ordenación de la estructura negocial (art. 83 ET), supondría, por tanto, que no habría diferencia funcional alguna entre este tipo de acuerdos y los "acuerdos interprofesionales" propiamente dichos. Que esa misma función ordenadora pueda llevarse a cabo mediante la regulación puntual, bien de aspectos sustantivos, bien de aspectos adjetivos, es algo que sólo afecta al contenido (necesariamente diverso), pero no puede justificar, en sí mismo, una diversificación tipológica. En este sentido, distinguiendo una "perspectiva jurídico-formal" de otra "jurídico-material" en la ordenación, vía acuerdos interprofesionales, de la negociación colectiva, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 361-362.

<sup>619</sup> Como señala MORENO VIDA (op. cit., p. 201), "ciertamente lo que caracteriza a todas las figuras a que el art. 83.2 y 3 del ET se refiere es que a través de ellas se trata de regular las condiciones por las que se han de regir y que han de informar la negociación colectiva".

propios sujetos colectivos, previendo la utilización (no necesariamente alternativa) de dos instrumentos normativos: preferentemente, por acuerdos interprofesionales (con contenido procedimental o sustantivo); o subsidiariamente, por convenios colectivos (de sector<sup>620</sup>).

#### 2.3.2.2.- Naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo interprofesional.

Una vez delimitada conceptualmente la figura de los acuerdos interprofesionales, no parece que puedan quedar muchas dudas acerca de su naturaleza normativa. Con fundamento material en el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como fuente de producción normativa, el acuerdo interprofesional constituye un modo típico de expresión del poder normativo de los sujetos sociales, es decir, una fuente formal del derecho colectivo del trabajo. Su autonomía tipológica, lo hemos visto, encuentra fundamento en su función ordenadora en el contexto del sistema de negociación colectiva que, a diferencia del convenio, no es la regulación del conjunto de relaciones de trabajo de un ámbito determinado, sino el diseño de la estructura negocial a través de la regulación, al más alto nivel, de su aspectos esenciales. Su contenido, necesariamente puntual, lo caracteriza como "acuerdo colectivo", pero, siendo una plasmación de su función específica, lo distingue del resto de los integrantes de esta categoría.

Conforme a su naturaleza, el acuerdo interprofesional

---

<sup>620</sup> En este último caso, se regularán, conjuntamente, condiciones de trabajo, *strictu sensu*, con reglas de ordenación de la estructura negociadora (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit.", p. 360; DE LA VILLA, *Los grandes...*cit., p. 24; MORENO VIDA, op. cit., p. 203). Un ejemplo práctico al respecto lo encontramos en el convenio del sector de la construcción (VALDÉS DALRÉ: "La reestructuración de la negociación colectiva en el sector de la construcción: una experiencia a imitar", RL-89(I), p. 56 ss.)

despliega eficacia normativa<sup>621</sup>, es decir, vincula a las relaciones jurídicas sometidas a su ámbito de aplicación, y ello, x con independencia de que sus destinatarios sean, en función de su contenido, sujetos individuales o colectivos<sup>622</sup>. Su vinculabilidad, que proviene de su naturaleza normativa, deviene indiscutible, y hace abstracción del carácter de los destinatarios concretos de las diferentes normas contenidas en el acuerdo.

Más dudas surgen, sin embargo, en lo que se refiere a la eficacia personal que despliegan estos acuerdos. En principio, parece que nada se opondría a la admisión al respecto de la alternativa eficacia general/eficacia limitada, en función del poder colectivo concurrente (medido ordinariamente a través de niveles de representatividad). De este modo, siendo la eficacia general un plus exclusivamente asignable por la ley, a ésta le correspondería establecer el nivel de representatividad que se estimara necesario para que el acuerdo fuese acreedor de tan cualificados efectos. En consecuencia, aquellos acuerdos que no integrasen tales exigencias subjetivas, sólo desplegaría eficacia personal

---

<sup>621</sup> Así, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit.", p. 365. Ello no obstante, cierto sector doctrinal se mostró proclive a considerar que, teniendo en cuenta su contenido, el acuerdo interprofesional sólo podría desplegar eficacia limitada y, en consecuencia, ello significaba que su naturaleza era obligacional (entre otros, HERNÁNDEZ GIL: "Eficacia de los acuerdos...cit., *passim*.). La exclusión del acuerdo "la eficiencia de convenio colectivo" (v., críticamente, PÉREZ DE LOS COBOS, "Los pactos...cit.", p. 25), provenía, por tanto, de una operación metodológica que invertía los términos lógicos de la relación entre naturaleza y eficacia personal. Pero, además, la asignación de eficacia limitada al acuerdo se basaba, no en el hecho de que los vinculados fuesen sólo una parte y no todos los integrantes de la unidad de negociación, sino en el hecho de que sean los sujetos colectivos los vinculados. Es decir, de la calificación del contenido del acuerdo como exclusivamente "obligacional" y no normativo, lo que, como hemos visto, constituye una interpretación desenfocada del alcance de la distinción entre contenido obligacional y contenido normativo, por su parte, bastante discutible (v. *ut supra*).

<sup>622</sup> Por ello, no es posible fundamentar la falta de eficacia normativa directa en el hecho de que los destinatarios sean, generalmente, los sujetos negociadores (en contra, HERNÁNDEZ GIL, F. "Eficacia...cit.", p. 100; asimismo, destacando el contenido "simplemente obligacional" de este tipo de negociación colectiva, ZORRILLA RUIZ, "La estructuración...cit.", p. 67).

limitada al ámbito de representación de los firmantes<sup>623</sup>.

Sin embargo, el papel de la ley en este esquema (concebido para otro instrumento normativo, los convenios colectivos) no encaja plenamente en el diseño funcional en el que se inserta el acuerdo interprofesional. El gobierno de las relaciones laborales equivale a la ordenación global del sistema<sup>624</sup> y, en consecuencia, choca con una eventual eficacia limitada del acuerdo. En otras palabras, el gobierno del sistema de relaciones laborales o tiene pretensiones de generalidad o no es tal gobierno. En un modelo pluralista como el nuestro, donde, además, la negociación colectiva se configura con una gran amplitud subjetiva, ello presupone la necesidad de que los acuerdos integren altos niveles de poder colectivo.

Correspondiendo su cuantificación a la ley, su intervención está fuertemente condicionada, sin embargo, por las exigencias que se desprenden de nuestro modelo de relaciones colectivas y, en concreto, por la imposibilidad de limitar subjetivamente el alcance del derecho a la negociación colectiva<sup>625</sup>. Ello no obstante, si partimos de la base de que la ordenación del sistema de negociación colectiva constituye un presupuesto esencial para la funcionalidad constitucionalmente asignada a esta fuente del

---

<sup>623</sup> Este sería el caso de la mayoría de los acuerdos interprofesionales firmados en nuestro país (todos salvo excepción, no pacífica, del AI-83), como ha puesto de manifiesto la doctrina (por todos, MORENO VIDA, op. cit., p. 233 y 240 ss.).

<sup>624</sup> Y ello, con independencia de que el ámbito sea el estatal o el de Comunidad Autónoma, ya que, en ambos casos, es susceptible de ser desplegado "un control político" de la negociación. No en vano, ambas esferas, sin ser compartimentos estancos, presuponen la existencia de una entidad política autónoma con esferas de intereses propios (CASAS BAAMONDE, "Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas", REDT-1/80, p. 35-38). Como confirmación de este hecho, cabe entender la reforma llevada a cabo en el artículo 84 ET, donde claramente queda cristalizada la formación de un espacio autonómico de relaciones laborales.

<sup>625</sup> En este sentido, poniendo en cuestión el alcance de la fuerza vinculante de estos acuerdos, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 367.

derecho, la intervención del legislador al efecto habría que calificarla de promocional y, en consecuencia, no desbordaría los límites marcados por el diseño de la negociación colectiva en la CE. Por el contrario, respetaría el equilibrio entre la necesidad de introducir elementos de coordinación entre los diversos niveles negociales con el protagonismo de las partes en el diseño de su estrategia negociadora<sup>626</sup>.

En consecuencia, cabría entender factible una intervención del legislador dirigida a determinar el *quantum* de poder negociador exigible para que el acuerdo desplegara eficacia general. De no llegar a este nivel, el acuerdo sólo podría desplegar eficacia limitada, es decir, sólo sería aplicable sobre el ámbito de representación cubierto por los sujetos firmantes, con el consiguiente detrimento de su alcance. Si tenemos en cuenta la indisoluble conexión que, en la estructura del acuerdo, existe entre la función y la extensión subjetiva del mismo, podremos apreciar que el mencionado detrimento no es sólo cuantitativo (ámbito de aplicación), sino cualitativo. Al quedar afectada la dimensión funcional, elemento esencial en la configuración dogmática del acuerdo interprofesional, éste pierde inevitablemente su identidad tipológica.

En otras palabras, no estaremos ya ante un acuerdo interprofesional, como tipo cualificado, sino ante un simple acuerdo colectivo. En definitiva, la eficacia general es

---

<sup>626</sup> Como señalan RODRÍGUEZ-PINERO/GONZÁLEZ ORTEGA ("Acuerdos...cit.", p. 370), ésta es la función del artículo 83.2 ET, al conferir "una garantía adicional del valor de esa coordinación más allá de la garantía interna que resulta de la propia disciplina interna de las respectivas confederaciones". En definitiva, ni la autonomía colectiva, en general, ni la libre elección de la unidad de negociación, en particular, excluyen la posibilidad de una articulación o coordinación de la negociación colectiva a través de la regulación imperativa de un acuerdo interprofesional (en parecidos términos, MORIN/TEYSSIER, art. cit., p. 747-748).

consustancial al acuerdo interprofesional<sup>627</sup>, de manera que, si no se alcanzan las exigencias subjetivas previstas por la ley, el acuerdo resultante, sólo impropriadamente, podrá ser calificado como "acuerdo interprofesional de eficacia limitada"<sup>628</sup>. Como producto de la negociación colectiva se insertará en el sistema de fuentes colectivas, pero en un lugar bien distinto del reservado para el acuerdo interprofesional en sentido estricto<sup>629</sup>.

#### 2.3.2.3. - Régimen jurídico del acuerdo interprofesional.

La intervención de la ley en la formalización de los mecanismos de producción de esta norma convencional ha sido bastante tenue. Tanto es así que, del modo en que se ha hecho, las precisiones legales al respecto, por su parquedad, parecen ser fruto de una irremediable necesidad, sentida por el legislador a la hora de configurar la ordenación de la estructura negocial, más que de un empeño por el diseño de un instrumento normativo de naturaleza colectiva.

Con estos presupuestos, el análisis del régimen jurídico

---

<sup>627</sup> En contra, PÉREZ DE LOS COBOS (art. cit., p. 42), para el cual "la eficacia personal limitada (...) responde mejor, se quiera o no, a la esencia del acuerdo marco". Ello ha provocado, según este autor, que la mayoría de los acuerdos interprofesionales "tuvieran carácter extraestatutario, excepción hecha del ANE", lo que es achacable, además, a "la dureza del régimen jurídico contenido en el artículo 83.2 y 3 ET" (ib.). Sin embargo, a la vista de la efectividad práctica de los mencionados acuerdos, bien pudiera pensarse que, quizás, el planteamiento sea el inverso. Precisamente ha sido la falta de correspondencia entre "la esencia" (función) y la extensión limitada de los acuerdos (derivada de la falta de concurrencia del *quantum* de poder negociador necesario), la que ha provocado su ineffectividad como acuerdos interprofesionales, que ha quedado reducida a la propia de un acuerdo colectivo de eficacia limitada. En este sentido, como acertadamente ha sido puesto de manifiesto, la llamada "crisis de efectividad" constituye, sin duda, el problema central en la praxis de estos acuerdos (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 368).

<sup>628</sup> Por eso, incluso respecto del AI-83, la calificación doctrinal de acuerdo de eficacia general se ha tenido que hacer a pesar de la propia declaración de voluntad de las partes que, conscientes de sus limitaciones, sólo se han vinculado (normativamente, sin embargo) a sí mismas. Un juicio favorable al respecto en, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 392).

<sup>629</sup> v. *infra*, 3.



aplicable al proceso de creación del acuerdo interprofesional debe tener por objeto la integración hermenéutica de las mencionadas previsiones legales en el contexto de la estructura dogmática con la que ha quedado configurado. El recurso a los tradicionales instrumentos de interpretación jurídica no puede soslayar este contexto, de ahí las limitaciones que deben observarse en la aplicación analógica del Título III del ET, a pesar, no sólo de su carácter de derecho común de la negociación colectiva<sup>630</sup>, sino de la expresa remisión que parece deducirse del art. 83.3 ET<sup>631</sup>. Desde esta perspectiva, examinaremos sucesivamente las garantías subjetivas (a), materiales (b) y formales (c) que, siendo plasmaciones concretas de las exigencias estructurales que impone su función normativa, conformarán el régimen jurídico de los acuerdos interprofesionales.

#### a) Garantías subjetivas.

Como hemos advertido, una de esas exigencias se concreta en la necesidad de que el acuerdo colectivo integre un cualificado nivel de poder colectivo. Los mecanismos formalmente institucionalizados para la verificación de la concurrencia de poder negociador girán,

---

<sup>630</sup> Que impide la, siempre recurrente, remisión al régimen común de los contratos del código civil (en contra, OJEDA AVILÉS, "La delimitación...cit., p. 260, que se muestra partidario de "una interpretación del art. 83 más privatista, ajustada a la complejidad natural de la negociación colectiva ordinaria").

<sup>631</sup> En efecto, la previsión de que este tipo de acuerdos tengan "el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos", podría interpretarse como una aplicación incondicional del Título III ("en bloque, sin contradicción y omisiones", según BORRAJO DACRUZ, "Eficacia...cit., p. 730). Sin embargo, como se aprecia de inmediato, ello se vería dificultado por la diferencias estructurales de uno y otro instrumento normativo, fundamentadas, a su vez, en la diversa función que están llamados a desempeñar en la dinámica negocial (así, GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 161). La propia jurisprudencia ha puesto de relieve las dudas que suscita tan genérica remisión legal (v., al respecto, la STCT de 11 de junio de 1983, cit. por PÉREZ DE LOS COBOS, "Los pactos...cit., p. 23, n. 31). Por ello, parece más razonable entender la mencionada expresión como referida a la fuerza vinculante (así, la STCT de 20 de octubre de 1982 que, no obstante, efectúa dicha interpretación del art. 83.3 ET en relación con el ANE, lo que ha sido oportunamente criticado por la doctrina (DE LA VILLA: Los grandes...cit., p. 35).

como se sabe, en torno a la representatividad. Y es a este instituto al que recurre la ley para garantizar la existencia del poder negociador que demanda la función encomendada a los acuerdos interprofesionales. En efecto, en el artículo 83.2 ET se alude expresamente a "las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas" como titulares exclusivos del derecho a negociar este tipo de acuerdos<sup>632</sup>. En consecuencia, sólo los sujetos colectivos que ostenten tal calidad están legitimados para participar en la negociación a este nivel<sup>633</sup>.

---

<sup>632</sup> Lo que, como se ha señalado, acentúa notablemente "el proceso de centralización del poder negociador" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 358) y, a su vez, actúa "como una palanca de autopromoción de aquellos sujetos" (GARCÍA MURCIA, Organizaciones...cit., p. 159)

<sup>633</sup> Y ello, con independencia de que el ámbito de negociación sea estatal o autonómico. Como destaca PÉREZ DE LOS COBOS ("Los pactos...cit., p. 31), defendiendo la exclusividad de estos ámbitos geográficos, "no parece precisamente artificiosa la ligazón entre el ámbito de la legitimación exigida y el de la negociación subsiguiente". Por su parte, GARCÍA MURCIA (Organizaciones...cit., p. 160) considera que "el ámbito propio de los acuerdos interprofesionales es el estatal", pues sólo así "tienen pleno sentido". En contra de esta exclusividad, sin embargo, se manifiestan RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA ("Acuerdos...cit., p. 359). Para estos autores, el propio contexto normativo en el que se insertan estos acuerdos (art. 83.1 ET) justificaría la plena libertad de las partes en la elección del ámbito de aplicación, y ello, sin perjuicio de que el ámbito de negociación deba ser necesariamente interprofesional (estatal o autonómico). De este modo, a pesar de que por la propia función de los acuerdos "lo normal será que los mismos estén dotados de un ámbito general intersectorial en todos los aspectos (...), nada impide que las organizaciones legitimadas pretendan cumplir esas mismas funciones en uno solo o varios sectores productivos o restringidamente a determinados ámbitos territoriales". Esta posibilidad, sin embargo, no alteraría las reglas de legitimación establecidas en el art. 83.2 ET y, en consecuencia, estaría vedada la participación de los sujetos legitimados en esos ámbitos específicos. En el fondo, como se deduce de los argumentos expuestos, lo importante es la existencia de una correspondencia entre el ámbito (unidad) de negociación y la legitimación exigida. El hecho de que el contenido sea total o parcialmente aplicable a uno o varios ámbitos (geográficos o funcionales) más restringidos, no es más que un posterius que no afecta a la estructura dogmática del acuerdo "interprofesional" (sobre las connotaciones de generalidad de esta denominación, v. art. ult. cit., p. 360). Por eso, no parece defendible, tampoco, la posibilidad de que el ámbito funcional del acuerdo sea distinto al interprofesional (así, paradójicamente, aplicando, ahora sí, el art. 83.1 ET, PÉREZ DE LOS COBOS, art. cit., p. 32-33; en contra, MORENO VIDA, op. cit., p. 224), y ello, sin perjuicio de que los convenios colectivos de cualquier ámbito (normalmente, sectoriales-nacionales) puedan contener previsiones en materia de estructura negocial. En todo caso, son evidentes las repercusiones que la nueva versión del art. 84 ET proyecta sobre la funcionalidad de los acuerdos previstos en el art. 83.2 y ET. En este sentido, como apunta críticamente GONZÁLEZ ORTEGA ("La reforma...cit., p. 393) "el artículo 84 degrada el papel central de organización de la estructura negocial que venía encomendado a los acuerdos y convenios del artículo 83.2, al permitir que sus mandatos puedan ser ignorados por cualquier convenio colectivo de ámbito supraempresarial". En consecuencia, "el acuerdo interprofesional y el convenio colectivo del artículo 83.2 se convierte así en algo dispositivo, naturaleza verdaderamente disfuncional en relación a la tarea de ordenación de la negociación que está llamado a cumplir. Una cuestión tan clave como la estructura de la negociación colectiva no puede dejarse a los embates, fragmentarios y desordenados, de una amplia serie de convenios, de distintos ámbitos, que podrán decidir libremente, disponiendo desde la base de la estructura negocial la aplicabilidad real final de

Pero, por otro lado, el alcance funcional de este tipo de norma colectiva, exige la concurrencia de todos estos sujetos, y no sólo de alguno o varios de ellos, para la válida constitución de la comisión negociadora. En efecto, hay que tener en cuenta que el silencio legal al respecto, presupuesto para se proponga doctrinalmente el recurso a la aplicación analógica de los artículos 87 ss. ET<sup>634</sup>, es sólo aparente. De la dicción literal del precepto no se infiere el establecimiento de los sujetos eventualmente legitimados para negociar (como ocurre en el art. 87 ET), sino que se está estableciendo una regla imperativa: la necesidad de que en la comisión negociadora estén presente todas "las organizaciones sindicales y empresariales más representativas" (estatales y autonómicas o sólo autonómicas, en función de si el ámbito del acuerdo alcanza, respectivamente, a todo el Estado o sólo a una determinada Comunidad Autónoma). En consecuencia, ello quiere decir que la legitimación interviniente y la complementaria (inicial y plena) debe ser necesariamente coincidentes.

Igualmente, en lo que se refiere a la mayoría exigible para la válida adopción del acuerdo en el seno de la comisión negociadora, no parece oportuno la remisión, sin más, al régimen estatutario. Quizás sería más conveniente que fueran las propias partes las que, de forma preliminar decidiesen sobre este aspecto. En todo caso, una vez resuelta la cuestión, el acuerdo adoptado con el quorum establecido vinculará a todos los presentes y, en consecuencia, desplegará eficacia general.

---

determinados contenidos de los convenios colectivos de ámbitos más amplios" (ib.).

<sup>634</sup> A favor de esta aplicabilidad, entre otros, PÉREZ DE LOS COBOS, "Los pactos...cit., p. 30-31 y doctrina que cita. Ello no obstante, si el recurso al régimen estatutario previsto para los convenios colectivos en materia de legitimación fue justificable en su día, pues no había otro referente legal para fundamentar el alcance de la mayor representatividad a la que alude el art. 83.2 ET, en la actualidad, después de la LOLS, tal remisión ha perdido gran parte de aquella justificación.

En relación con la existencia de un hipotético deber de negociar, no parece que de la letra de la ley pueda extraerse tal resultado. En efecto, en el artículo 83.2 ET, la negociación colectiva interprofesional sobre las materias señaladas sólo aparece como una facultad conferida a los aludidos sujetos colectivos, cuyo ejercicio se estima como conveniente, pero nunca obligatorio. Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter promocional de esta obligación legal y los límites con que está configurada en nuestro ordenamiento, no habría ningún obstáculo en admitir la aplicación analógica de la previsión legal contenida en el artículo 89 ET<sup>635</sup>, si bien, de lege ferenda, sería oportuno su establecimiento expreso.

#### **b) Garantías materiales.**

Mayor atención legislativa encontramos en relación con el contenido de los acuerdos interprofesionales<sup>636</sup>. De este modo, no sólo en el artículo 83 sino en otros preceptos del Título III del ET, se recogen referencias al contenido de este tipo de normas convencionales. Sin embargo, sólo en algunos casos podemos afirmar la existencia de una verdadera reserva competencial en favor de estos acuerdos. Por el contrario, en la mayoría de los supuestos las alusiones materiales, efectuadas sin ánimo exhaustivo<sup>637</sup>, vienen a

---

<sup>635</sup> En este sentido, a favor de la "plena aplicabilidad" del art. 89 ET a los acuerdos interprofesionales, PÉREZ DE LOS COBOS, art. cit., p. 34, asimismo, MORENO VIDA, op. cit., p. 228.

<sup>636</sup> En términos generales, el contenido de estos acuerdos, siendo una plasmación objetiva de su función, estará integrado por normas que van a establecer mecanismos de ordenación jerárquica entre los diversos convenios colectivos (v., al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 357 ss.).

<sup>637</sup> Así, admitiendo una interpretación amplia de "las posibilidades estructuradoras de la negociación colectiva", RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 360-361).

corroborar la existencia de una especie de "contenido típico"<sup>638</sup>. Este contenido típico puede ser, asimismo, un contenido "plural" o "complejo"<sup>639</sup> estaría compuesto, tanto por materias de índole procedimental que, por su naturaleza, son susceptibles de una regulación exclusiva<sup>640</sup> y total por los acuerdos de este nivel<sup>641</sup>, como por materias de índole sustantiva<sup>642</sup>, si bien, en estos casos, el acuerdo sólo efectuará regulaciones parciales referidas a los aspectos más elementales y básicos de las respectivas materias, sin agotar las posibilidades reguladoras de ámbitos inferiores<sup>643</sup>.

Quedando reducidas las referencias legales directas a las expuestas, no parecen aplicables, sin embargo, los

---

<sup>638</sup> Sobre los aspectos en que puede quedar desglosado este contenido, v. PÉREZ DE LOS COBOS, art. cit., p. 34 ss. Asimismo, poniendo de manifiesto la originalidad y variedad de las cláusulas contenidas en los acuerdos interprofesionales, v. MORIN/TEYSSIER, art. cit., p. 743 ss.

<sup>639</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 361.

<sup>640</sup> Destacando esta exclusividad, MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 60.

<sup>641</sup> En este sentido, "la estructura de la negociación colectiva", "las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de ámbito distinto", "los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación", así como "las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos superiores" (art. 83.2 ET); también, "procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los Convenios Colectivos" (art. 91 ET, en relación con la DA 10ª ET y con el art. 154.1 LPL).

<sup>642</sup> En este sentido, a pesar de que "el modelo típico de acuerdo interprofesional es el dirigido exclusivamente a estructurar la negociación colectiva, entendida como regulación de la actividad creadora de normas jurídicas aplicable a su vez a las relaciones individuales de trabajo (...), nada impide (que) contengan cláusulas de regulación directa de las condiciones de trabajo que no pretenden ni necesitan ser incorporadas a genuinos convenios colectivos para encontrar aplicación en las singulares relaciones laborales" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 361). Un argumento a favor de esta posibilidad se deduce de propia literalidad del precepto y, en concreto, de la alusión legal (art. 83.2 ET) a la eventual fijación por el acuerdo de "las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores" (ib.). Así hay que entender, también, la referencia del art. 83.3 ET a los "acuerdos sobre materias concretas" (ib., p. 362), que, como hemos apuntado, sólo tiene el sentido de enunciar uno de los contenidos posibles del acuerdo interprofesional.

<sup>643</sup> Por ello, sin perjuicio de su directa vinculabilidad (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 361), es fácilmente perceptible la lógica marginalidad de este tipo de contenidos, habida cuenta el papel asignado a los mismos (ib., p. 363). En todo caso, hay que advertir que la funcionalidad de estos acuerdos está en función directa con la determinabilidad de su contenido (MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO, "Tendencias...cit., p. 267).

preceptos estatutarios reguladores del régimen jurídico de los convenios afectantes al contenido, vigencia, forma y condiciones de denuncia<sup>644</sup>. Las diferencias funcionales entre una y otra figura no permitirían tal operación hermenéutica, bien por manifiesta inadecuación en determinados supuestos, bien por la injustificable rigidez que introducirían en otros. En definitiva, si, como hemos visto, este tipo de normas tenía por objeto establecer un equilibrio entre dos aspectos esenciales del convenio, tales como la temporalidad y la intangibilidad de su contenido, parece evidente que, la función y contenido del acuerdo interprofesional, siendo diferentes, no se prestan a una extrapolación, sin más, del régimen estatutario previsto para los convenios colectivos. Serán por tanto los propios sujetos colectivos los que dispondrán de tales extremos, ajustándolos a sus pretensiones en función de los diversos contenidos pactados.

### c) Garantías formales.

Por último, no habría ningún problema, sin embargo, en suplir la ausencia de reglas sobre las formalidades que deberían ser observadas por las partes, una vez conseguido el acuerdo, mediante la aplicación analógica del artículo 90 ET<sup>645</sup>, si bien con las matizaciones anteriormente examinadas. Fundamentalmente, parece razonable que debería exigirse su

---

<sup>644</sup> En este sentido, defendiendo la inaplicabilidad a los acuerdos interprofesionales de las condiciones de denuncia y prórroga del convenio, teniendo en cuenta las diferencias funcionales entre una y otra figura, MORENO VIDA, op. cit., p. 227. En contra, es decir, a favor de la aplicabilidad del art. 86.3 ET por su carácter de "garantía de estabilización de lo convenido", PÉREZ DE LOS COBOS, art. cit., p. 41. Como se puso de manifiesto a la hora de examinar el alcance del precepto (v. *ut supra*, 2.2.1.2), parece preferible apostar por la disponibilidad colectiva sobre la materia, permitiendo que sean los propios sujetos colectivos los que determinen en régimen de extinción y, en su caso, prórroga de la totalidad o de parte del contenido convencional. La reforma, por su parte, parece ratificar esta opción.

<sup>645</sup> En este sentido, defendiendo la "plena aplicabilidad" del precepto, PÉREZ DE LOS COBOS, art. cit., p. 34; asimismo, MORENO VIDA, op. cit., p. 228.

formalización escrita y su depósito y, asimismo, garantizar su publicación por los medios que se estimaren más idóneos (señaladamente, los boletines oficiales del Estado o de las respectivas Comunidades Autónomas, según los casos).

### 2.3.3.- El acuerdo de fin de conflicto.

#### 2.3.3.1.- La tipificación jurídica del acuerdo de fin de conflicto como fuente formal del derecho.

El acuerdo de fin de conflicto, como categoría jurídica específica, ha tenido una escasa atención doctrinal en nuestro país<sup>646</sup>, lo que, a simple vista, contrasta abiertamente con su importancia como manifestación destacada de la autonomía colectiva<sup>647</sup>. Con independencia de la verificación definitiva de su autonomía tipológica en el sistema de fuentes colectivas de derecho del trabajo, un análisis de la figura realizado desde esta perspectiva arroja, inevitablemente, resultados relevantes para la

---

<sup>646</sup> Al respecto, sólo nos consta los trabajos de GOERLICH PESET, "Los acuerdos de resolución de conflictos colectivos", en *Manifestaciones...cit.*, p. 105 ss.; y de RENTERO JOVER, "Reflexiones sobre los <pactos de fin de huelga>", AS-92(II), p. 2613 ss.; y, más recientemente, el espacio dedicado a los mismos en SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 69 ss.

<sup>647</sup> En derecho comparado, la atención suscitada por este tipo de acuerdos ha sido, por ello, algo mayor (v., al respecto, los trabajos contenidos en el volumen colectivo *Relations professionnelles: problèmes d'actualité. Négociations collectives et conflits du travail, Cahiers de l'institut international d'études sociales, n° 7*, LSE-PARIS, 1968. Asimismo, en la doctrina francesa destacan los trabajos de LYON-CAEN, "Le conflit du Parisien Libéré et le système français de règlements des conflits du travail", DS-77; p. 438 ss.; CHAUCHARD, "Les accords de fin de conflit", DS-11/82, p. 678 ss.; QUENAUDON, "Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé", DS-5/81, p. 401 ss. Por su parte DESPAX (*Négociations...cit.*, p. 127), los incluye sistemáticamente en su exposición sobre los diferentes productos de la negociación colectiva (concretamente, bajo el epígrafe: "conventions et accords collectifs de travail"). En la doctrina italiana, es ilustrativo al respecto el trabajo de PERSIANI, "Autoregolamentazione dello sciopero ed efficacia del contratto collettivo", DEL-89(I), p. 6 ss.

comprensión del papel del conflicto en la dinámica negocial, reafirmando, a la postre, la indisoluble conexión de la autotutela y la autornomación como elementos estructurales de la autonomía colectiva.

Situados en esta perspectiva de estudio, y sin perjuicio de las diversas posibilidades de análisis que puedan abrirse en torno a esta figura, nuestro objetivo no puede ser otro que el de indagar su proyección sobre el sistema de fuentes, toda vez que ha quedado constatada su condición de producto de la negociación colectiva. Para ello, en primer lugar, es preciso verificar su autonomía tipológica en el plano creativo, es decir, es necesario ensayar su conceptualización como fuente formal del derecho, lo que conlleva, inevitablemente, una labor de delimitación objetiva y funcional.

**a) Delimitación objetiva: conflictos de intereses y conflictos jurídicos.**

En distintos textos normativos de nuestro ordenamiento jurídico-positivo encontramos referencias a "acuerdos" que ponen fin a conflictos colectivos de trabajo. En un sentido amplio, por tanto, todos aquellos supuestos en los que se contempla una salida negociada al conflicto podrían desembocar en un acuerdo que pusiera fin a la controversia<sup>648</sup>. Sin embargo, no todos estos supuestos son relevantes desde el punto de vista de la creación jurídica. Así, cuando el conflicto trae causa de una controversia interpretativa referente a una norma colectiva preexistente

---

<sup>648</sup> Sobre el tema, v., por todos, HERNÁNDEZ VIGUERAS, La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales, MTSS-MADRID, 1992, esp., p. 87 ss.



(conflicto jurídico<sup>649</sup>) no estamos propiamente en el terreno de la creación jurídica, sino en el de la aplicación. En consecuencia, el acuerdo resultante en su caso no supondrá nunca la creación de una nueva regla: sólo constatará la existencia de un consenso sobre la interpretación<sup>650</sup> (auténtica, puesto que se lleva a cabo por los propios sujetos negociadores) de una norma jurídica necesariamente preexistente.

De este modo, nuestro objeto de estudio tendrá aquí una primera delimitación: sólo nos referiremos a los acuerdos que pongan fin a un conflicto colectivo de intereses o de reglamentación<sup>651</sup>, pues únicamente en estos supuestos existe la voluntad de crear una norma jurídica nueva que, precisamente, encontrará su plasmación en el acuerdo colectivo que resuelva la controversia. Sin menoscabo de la importancia creciente de los medios de solución autónomos de conflictos jurídicos<sup>652</sup>, en un sistema estático de negociación colectiva como el nuestro quedan nítidamente separadas las parcelas de la administración o interpretación

---

<sup>649</sup> Sobre las notas definidoras del conflicto jurídico y su tipología, v. ROMÁN VACA, El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo, CIVITAS-MADRID, 1992; p. 96 ss.

<sup>650</sup> La ausencia de consenso, en última instancia, puede ser suplido mediante la intervención alternativa de la jurisdicción social, a diferencia de lo que ocurre en el conflicto de reglamentación, donde ese lugar es ocupado por la huelga (incidiendo en este dato delimitador, DEL REY GUANTER, "Los medios de solución de conflictos colectivos de intereses y jurídicos, RL 16-17/92, p. 17).

<sup>651</sup> Entendiendo por conflictos de intereses aquéllos que se suscitan "sobre cuestiones respecto de las cuales ninguna de las partes pueden pretender tener derechos" (WOODS, "Le rôle des tiers dans le règlement des conflits du travail au niveau national, en particulier dans les pays fédératifs" en Relations professionnelles...cit., p. 137).

<sup>652</sup> Puesta de manifiesto, tanto por la actividad promocional del legislador, de la que la nueva redacción de los artículos 85 y 91 ET constituye un ejemplo paradigmático (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma..."cit., p. 377), como por la propia acción de los sujetos colectivos, reflejada en el establecimiento, vía acuerdos inteprofesionales (v. ut supra), de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Sobre el tema, v. CASAS BAAMONDE, "Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva", RL-15/94, p. 1 ss.; y, de la misma autora, ya con anterioridad a la reforma, "La solución extrajudicial de los conflictos laborales", RL 16-17/92, p. 1 ss.; VALDÉS DAL-RÉ, "Tutela judicial y autotutela colectiva en la solución de los conflictos colectivos" (I y II), RL 4-5/92, pp. 1 ss.).

de la norma convencional y la de su creación. En consecuencia, con independencia de sus afinidades procedimentales, los acuerdos resultantes de uno y otro tipo de conflictos no pueden tener un tratamiento homogéneo, al menos desde la perspectiva de las fuentes del derecho<sup>653</sup>. Sólo el acuerdo que pone fin a un conflicto de intereses tiene la relevancia de una fuente formal del derecho<sup>654</sup>; el otro, sólo es una interpretación de una norma preexistente que, como tal, se integra en la norma interpretada, pero sin proyectar ninguna innovación en el ordenamiento jurídico, lo que sólo está reservado a las fuentes del derecho.

---

<sup>653</sup> En contra, GOERLICH PESET, "Los acuerdos...cit.", p. 130-131. Para este autor, a pesar de advertir la diversa función de uno y otro tipo de acuerdos, considera, no obstante, que ambos "se encuentra(n) muy próximo(s) al género convenio colectivo", pues junto a los negocios jurídicos ordinarios "pueden existir negocios jurídicos "declarativos" (contratos de fijación)". Por otra parte, como cautelosamente señala este autor "aun cuando esta construcción no se admita (...) es claro que, cuando atribuye la misma eficacia que el convenio colectivo a los acuerdos de solución del conflicto (cfr. arts. 8.2 y 24 RDLRT), la Ley no distingue entre conflictos económicos y jurídicos, ya que ambos casos se canalizan por la misma vía procedimental". Sin embargo, tampoco este último argumento es suficiente para obviar la insalvable distancia entre uno y otro tipo de acuerdos. De este modo, aunque el legislador se refiera indistintamente a uno y otro tipo de conflictos, lo único que se prevé en el Título II del RDLRT es un cauce procedimental para la resolución de los mismos, sin mayor trascendencia para su calificación jurídica. En otras palabras, el hecho de que en ambos casos se contemple una salida negociada al conflicto no altera la diversa función de los acuerdos resultantes ni, en consecuencia, su configuración dogmática. En conclusión, y con independencia de lo que se dirá *infra*, cuando la ley atribuye al acuerdo (en ambos casos) "la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo", no cabe deducir siempre las mismas consecuencias. Referido al conflicto jurídico, la mencionada alusión significa que la interpretación consensuada (contenido del acuerdo) vincula a todas las relaciones jurídicas que estaban bajo el imperio del convenio, siendo, obviamente, el alcance del acuerdo (interpretación) coextenso con el del convenio (norma interpretada). Por el contrario, cuando se trata de un conflicto de intereses, teniendo por objeto la creación de una nueva norma, la referencia legal significa que el acuerdo, plasmación de esa norma, vinculará a todas las relaciones jurídicas que hayan estado afectadas por el conflicto.

<sup>654</sup> Por ello, desde nuestra perspectiva de estudio sólo serán objeto de atención los acuerdos directos entre las partes en conflicto (con o sin intervención de los buenos oficios de un tercero), quedando fuera los laudos arbitrales que, a pesar de su "analogía sustancial" (GOERLICH PESET, art. cit., p. 115), pues tiene como función poner fin al conflicto, no tienen la misma naturaleza que aquellos al intervenir un tercero con poderes dirimientes. Es obvio que el contenido del laudo, sólo mediatamente, puede ser considerado como resultado de la negociación colectiva, ya que, aunque el árbitro sea designado por acuerdo entre las partes, el poder negociador de éstas, plasmado en el contenido del acuerdo, se limita únicamente a la designación del árbitro. La regulación contenida en el laudo escapa de este poder de autonormación en que consiste la negociación colectiva, y ello, a pesar de que la ley asimile la eficacia del laudo a la del acuerdo (arts. 24 RDLRT y, tras la reforma, arts. 85.1 y 91 ET).

**b) Delimitación funcional: acuerdos de fin de conflicto y convenios colectivos.**

Delimitado de este modo, la calificación jurídica del acuerdo de fin de conflicto<sup>655</sup> como fuente formal del derecho debe tener como presupuesto la constatación de su autonomía tipológica como producto específico de la negociación colectiva (fuente material del derecho). En este sentido, su incardinación dentro de la genérica categoría de los acuerdos colectivos nos proporcionará los primeros elementos delimitadores, toda vez que dicha adscripción no es otra cosa que el primer paso en aras de fundamentar la aludida autonomía tipológica<sup>656</sup>.

En efecto, como producto de la negociación colectiva (el acuerdo es el resultado de un proceso negociador llevado a cabo por representantes de trabajadores y empresarios), comparte con el resto de los acuerdos colectivos el dato que los define y, al mismo tiempo, los distingue de los convenios colectivos: su contenido normativo puntual o parcial, es decir, la falta de vocación de regulación global del conjunto de las condiciones de trabajo<sup>657</sup> potencialmente

---

<sup>655</sup> Este es, sin duda, el principal problema con que se encuentran todos los estudios sobre este tipo de acuerdos. Cuestión teórica que, a su vez, deviene ineludible, toda vez que en la práctica es incontestable su relevancia jurídica en el plano de los efectos.

<sup>656</sup> Para GOERLICH PESET (art. cit., p. 115 ss.), sin embargo, "son, en el fondo verdaderos convenios colectivos", lo que se deduce, tanto de la asimilación de efectos que efectúa la ley (arts. 8.2 y 24 RDLRT), como de la idéntica finalidad y estructura lógica de uno y otro: "resuelven el conflicto precisamente a través de la creación de una nueva regla". Ello no obstante, hay que tener presente que la afinidad entre convenio y acuerdo, siendo evidente, se justifica por el hecho de que ambos comparten la misma naturaleza: son productos de la negociación colectiva como fuente material del derecho. Sin embargo, como hemos advertido, ello no obsta para que, en el plano formal, tengan su propia autonomía tipológica como fuentes formales del derecho, es decir, como productos normativos conceptualmente diversificados.

<sup>657</sup> Entendiendo la expresión "condiciones de trabajo" en su acepción más amplia, es decir, comprensiva del conjunto de relaciones, individuales y colectivas, que pueden establecerse entre trabajadores y empresarios, incluidas medidas de gestión de personal en situaciones de crisis empresarial (v. ut supra).

regulables<sup>658</sup>.

El acuerdo de fin de conflicto tiene por objeto la composición de un conflicto de intereses mediante la negociación colectiva. Pero esto no lo distingue del convenio colectivo que, en esencia, viene a ser lo mismo<sup>659</sup>. La diferencia entre uno y otro es que en el convenio colectivo, el conflicto es instrumental a la negociación colectiva y en el acuerdo ocurre lo contrario<sup>660</sup>. En otras palabras, aunque en ambos casos se manifiesta la conexión entre autonormación y autotutela (dos de los elementos estructurales de la autonomía colectiva), en el caso del convenio el objetivo prioritario de los sujetos colectivos es la de establecer el régimen jurídico global de sus relaciones de trabajo; la huelga y el resto de las medidas de conflicto colectivo aparecen funcionalizadas a este fin, es decir, son instrumentos de integración del poder negociador. Por el contrario, en el caso del acuerdo de fin de conflicto, el elemento central es éste, cuya existencia se puede deber a controversias sobre uno o varios de los aspectos que componen el régimen jurídico de las relaciones de trabajo pero que, en ningún caso, se refieren a ese régimen en su conjunto, que

---

<sup>658</sup> Destacando, entre otros, el carácter decisivo de este dato distintivo que, a la postre, diferencia la negociación "en caliente" de la negociación "en frío", LYON-CAEN, "Le conflit...cit.", p. 447.

<sup>659</sup> En el fondo, con independencia de sus causas concretas y de sus objetivos, "un conflicto de trabajo es -en diversos grados- un conflicto por el poder, o un conflicto entre poderes" (LYON-CAEN, "Le conflit...cit.", p. 438). Por otro lado, desde un punto de vista material, es evidente cómo este tipo de acuerdos, a pesar de ser "bastardos de la negociación colectiva" (ya que suponían la existencia de procesos negociales al margen de los cauces legales), han permitido avances puntuales en la condición de los trabajadores, lo que no puede pasar desapercibido para el estudio de la negociación colectiva (DESPAX: "La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise: les accords en marge de la loi", DS-82, p. 672).

<sup>660</sup> Como señala DESPAX (op. cit., p. 127) el objeto del acuerdo fin de conflicto es diferente: "no se trata tanto de regir para el futuro las relaciones individuales de trabajo, como de reglamentar, para el presente, los problemas pendientes para la salida del conflicto".

ya tendrá plasmación concreta en un convenio colectivo<sup>661</sup>.

x

La obligación de paz relativa<sup>662</sup> (art. 11 c y 20 RDLRT) impediría la modificación extemporánea del contenido convencional, por lo que el conflicto de intereses, fuera del marco de la negociación de un convenio colectivo, deberá afectar necesariamente a materias puntuales, principalmente, aspectos concretos que no han sido objeto de regulación. La función del acuerdo, en consecuencia, es la de solventar esta cuestión controvertida a través de una norma negociada. Pero su propia eventualidad, es decir, la posibilidad de que el conflicto se resuelva en otros términos (sea por cauces autocompositivos o heterocompositivos) denotan la instrumentalidad de la negociación colectiva (autonormación) respecto del conflicto (autotutela) y, en última instancia, caracterizan funcionalmente al acuerdo distinguiéndolo del convenio colectivo.

#### 2.3.3.2- La función normativa del acuerdo de fin de conflicto y el papel de la ley.

Caracterizados por la función que desempeñan en las relaciones colectivas de trabajo, los acuerdos de fin de conflicto revelan la estrecha conexión, ya estudiada, entre los diversos elementos estructurales de la autonomía colectiva. De esta fundamental interconexión se deducían una serie de limitaciones para el legislador que, a la hora de garantizar la funcionalidad de la negociación colectiva como fuente del derecho, no podría obviar los efectos al respecto

---

<sup>661</sup> De este modo, como señala CHAUCHARD ("Les accords...cit.", p. 678), "las condiciones de trabajo, que son el objeto central de la negociación de sector o de empresa, devienen un elemento secundario en este tipo de negociación".

<sup>662</sup> Sobre el alcance de la misma, v., por todos, DEL REY GUANTER, Negociación colectiva y paz laboral, cit.; esp., p. 85 ss.

de su intervención en la configuración del derecho de huelga o el de libertad sindical<sup>663</sup>. En definitiva, la configuración constitucional de la autonomía colectiva proyecta una serie de límites sobre la actividad legislativa en el desarrollo de los derechos fundamentales en los que aquella se desglosa, principalmente, en lo que se refiere a la titularidad y ejercicio de los mismos.

Con independencia de alcance de estas limitaciones genéricas, en lo que respecta a los acuerdos de fin de conflicto, el papel del legislador no puede ir más allá de su promoción como medio más idóneo para componer el conflicto. De este modo, su misión ha de consistir, principalmente, en habilitar cauces para la salida negociada en los diversas fases del conflicto. Pero también, en apoyar la consistencia del acuerdo como solución estable del conflicto.

Trasladados a nuestro ordenamiento jurídico, podemos comprobar hasta qué punto son observados estos límites funcionales de la ley que, por ello, sólo se limita a contemplar diversos supuestos de actuación del acuerdo, otorgándole, como no podría ser de otra manera la eficacia que, como norma le corresponde. En efecto, tanto en el artículo 8.2 RDLRT, como en el 24 RDLRT, se contempla la posibilidad de una salida negociada al conflicto. En el primer caso, el acuerdo tendrá como objetivo poner fin a la huelga. En el segundo, el acuerdo se prevé para dar por terminado el procedimiento de conflicto colectivo establecido por la mencionada norma, una vez que las partes se ha sometido voluntariamente al mismo. Pero en ambos casos, la previsión legal está informada por la misma función

---

<sup>663</sup> Lo que no obsta, sin embargo, para entender no sólo posible, sino también deseable una cierta intervención legal (en este sentido, LYON-CAEN, "Le conflit...cit., p. 447).

promocional de la solución negociada del conflicto. De este modo, el legislador otorga amparo legal a una opción que, en todo caso, siempre hubiera estado al alcance de los sujetos colectivos. En el contexto de nuestro marco constitucional el papel de la ley tiene que ser necesariamente modesto: no es el de efectuar una habilitación en favor de los sujetos colectivos, sino sólo incentivar su uso mediante la formalización positiva de cauces de negociación.

#### 2.3.3.3.- Naturaleza jurídica y eficacia del acuerdo de fin de conflicto.

Como productos de la negociación colectiva, los acuerdos fin de conflicto son expresión directa de la contraposición dialéctica entre sujetos colectivos representativos de intereses antagónicos. A diferencia de otros productos convencionales, en los acuerdos de fin de conflicto la concurrencia de poder negociador se verifica por la propia existencia del conflicto que, como tal, supone una demostración de poder. Partiendo de este presupuesto, el acuerdo que pone fin la conflicto no es otra cosa que la plasmación del consenso entre las partes sobre un determinado aspecto de sus relaciones que, en adelante, quedarán reguladas por este compromiso, es decir, por esta norma jurídica. La normatividad del acuerdo está fuera de toda duda, no sólo porque comparte la lógica interna de todo producto negocial, sino porque, siendo fruto de un verdadero poder colectivo, su contenido se impondrá imperativamente sobre el conjunto de relaciones de trabajo sobre el que ese poder se extiende<sup>664</sup>.

---

<sup>664</sup> De este modo, una calificación jurídica del acuerdo de fin de conflicto en clave contractualista traería consigo la reproducción de todas las insuficiencias clásicas anteriormente examinadas. Un ejemplo de "los efectos perversos" engendrados por este tipo de tesis, por lo demás, dominante en la jurisprudencia francesa, en CHAUCHARD, art. cit., p. 679; sobre los artificios complementarios a los que han tenido que recurrir este tipo de construcciones,

Por ello, si su naturaleza normativa implica, necesariamente, su fuerza vinculante (eficacia normativa<sup>665</sup>), su eficacia subjetiva va a depender de la extensión de la representación de los sujetos firmantes del acuerdo<sup>666</sup>. No obstante, la propia dinámica conflictiva en la que se enmarca el acuerdo y la función de éste en tal contexto, obliga a efectuar algunas precisiones al respecto<sup>667</sup>. En primer lugar, hay que hacer una distinción a estos efectos en función del ámbito en el que se desenvuelva el conflicto. En este sentido, y con independencia de poder de representación relativo que ostenten las partes, la extensión de los efectos del acuerdo no será la misma si el conflicto tiene un alcance

---

v., asimismo, QUENAUDON, art. cit., p. 406 ss. Este autor, efectuando un examen crítico de las consecuencias aplicativas de estas tesis contractualistas y poniendo de relieve sus insuficiencias tanto en el plano de la naturaleza como en el de los efectos, destaca el impasse final al que conducen tales tesis (en relación con este último plano, se refiere a las de la representación privada o gestión de recursos ajenos, que, a su vez traen causa de la calificación del acuerdo como contrato sinalagmático de derecho común). Sin embargo, tampoco la alternativa planteada por este autor, consistente en el recurso a la vinculabilidad del acuerdo fruto de la voluntad unilateral del empresario resulta satisfactoria, pues hace abstracción de la naturaleza negocial del acuerdo.

<sup>665</sup> Es decir, que "la huelga puede concluir con un acuerdo que vincula en la misma forma que el convenio colectivo" (MARÍN CORREA, "Sucesión de convenios...cit., p. 43)

<sup>666</sup> Así hay que entender la alusión legal a "la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo" del art. 8.2 RDLRT (que, en términos similares se recoge también en el art. 24 del mismo texto legal). En efecto, descartando una interpretación necesariamente comprensiva de la eficacia general del acuerdo, su asimilación de efectos con el convenio hay que reconducirla al ámbito de la eficacia normativa o vinculante, donde la coincidencia es insoslayable. No hay que olvidar que, en última instancia, ni siquiera la mera literalidad del precepto avalaría tal interpretación pues el "convenio colectivo" al que se hace referencia en el mencionado precepto no es el de eficacia general contemplado en Título III del ET, sino el de eficacia limitada que se establecía en el (ya derogado) art. 27 del RDLRT. De este modo, teniendo en cuenta los límites de la interpretación jurídica y, en concreto, la imposibilidad de efectuar un recurso extrasistemático a la literalidad, hay que desechar la posibilidad de deducir de tal precepto un prejuicio sobre la eficacia subjetiva del acuerdo.

<sup>667</sup> Por ello, quizás sea excesivamente tajante mantener, en relación con estos acuerdos que "la eficacia personal general o limitada de l acuerdo colectivo está absolutamente vinculada a la representatividad que ostentan sus firmantes y, a diferencia de otros aspectos, la situación de anormalidad no justifica romper esa correlación" (SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 75). No hay que olvidar que, precisamente, una de los elementos que causan esa anormalidad es la diversidad de sujetos que, eventualmente, pueden negociar el acuerdo y, consecuentemente, el distinto alcance que la representatividad juega en estos casos respecto de la eficacia final del mismo. En definitiva, parece excesivo hacer depender taxativamente la eficacia del acuerdo conel cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 87 y 88 ET, pues se hace abstracción de la diversidad tipológica entre el acuerdo de fin de conflicto y el convenio colectivo de eficacia general, diversidad que, como hemos advertido, no permite, sin más, dicha extrapolación.



limitado a una empresa o, por el contrario, abarca todo un sector.

En el ámbito empresarial<sup>668</sup>, como hemos advertido, existe una tendencial vocación de todo producto negocial a generalizar sus efectos, precisamente por las peculiaridades de la negociación colectiva en este ámbito. Pero además, tratándose de un acuerdo que pone fin a un conflicto en la empresa, no parece que quepa otra posibilidad que extender la solución a todos los trabajadores. En estos casos, los promotores del conflicto y, a la postre, negociadores del acuerdo, sin tener que cumplir taxativamente requisitos legales de representatividad, lo normal es que sean representativos del conjunto de los trabajadores de la empresa.

Por el contrario, en el ámbito supraempresarial, la generalización de los efectos del acuerdo estará condicionada a la concurrencia de un poder representativo suficiente, lo que, sin embargo, sólo se verificará a posteriori<sup>669</sup>: si el acuerdo pone fin al conflicto en toda su extensión, su eficacia general no podrá ser objeto de duda; si, por el contrario, alcanzado el acuerdo, el conflicto no se extingue en su totalidad, su eficacia será limitada, pues se habría quedado verificado el alcance, también limitado, de la representatividad de los sujetos firmantes del acuerdo.

---

<sup>668</sup> Destacando las razones que hacen de la empresa el "lugar privilegiado" para la negociación conflictual, v. CHAUCHARD, art. cit., p. 678.

<sup>669</sup> Como señala CHAUCHARD ("Les accords de fin de conflit", DS-82, p. 679), "el verdadero problema de los acuerdos de fin de huelga no está en la calificación del acto, sino en la extensión del poder de representar de los firmantes, representantes de los trabajadores".

#### 2.3.3.4.- El régimen jurídico del acuerdo de fin de conflicto.

De las escasas referencias legales al respecto, no podemos deducir la existencia de un sistema de normas sobre la producción jurídica con virtualidad para regir la producción de este tipo de normas colectivas. Esta escasa atención legal, sin embargo, es comprensible si tenemos en cuenta las peculiaridades funcionales de la figura<sup>670</sup>. El hecho de que el conflicto colectivo pueda ser planteado por sujetos colectivos de diversa índole que, a su vez, gozan de una cierta libertad a la hora de diseñar su estrategia conflictiva, hacen que sea difícil establecer unos cauces procedimentales más o menos cerrados y, en definitiva, impiden que la formalización del proceso de producción jurídica sea, en relación con los acuerdos de fin de conflicto, ligeramente parangonable con el de otras normas colectivas. Por ello, hay que partir de la base de que, a pesar de que las reglas estatutarias al respecto puedan jugar como derecho común, la propia función del acuerdo de fin de conflicto impide una extrapolación automática de las mismas<sup>671</sup>.

---

<sup>670</sup> Como señala DEL REY GUANTER ("Los medios de solución...cit., p. 15), "los medios extrajudiciales de solución de conflictos, en el plano jurídico, se encuadran dentro del contexto de los derechos de negociación colectiva y del derecho de huelga, y por eso están muy influidos al mismo tiempo por las características del sistema de negociación colectiva y de regulación y ejercicio del derecho de huelga".

<sup>671</sup> De este modo, en materia de garantías subjetivas, no sería necesario que para que el acuerdo tuviera eficacia general las partes tuvieran que cumplir todos los requisitos subjetivos previstos en los arts. 87 ss. ET (en contra, GOERLICH PESET, art. cit., p. 119). Tratándose de un acuerdo cuya función es la de poner fin a un conflicto, la representatividad necesaria para que el mismo tenga eficacia general no puede medirse con los mismos criterios utilizados para determinar la legitimación negocial. Como ha sido destacado por la doctrina (DESDENTADO/GARCÍA-PERROTE, "En torno...cit., p. 557, n. 75, compartiendo la opinión de TREU), existen otros factores determinantes de la aptitud de interlocución en la dialéctica sindical, entre los que destaca la capacidad de movilización de los trabajadores. Respecto a las garantías materiales, no parece que sea aplicable a este tipo de acuerdos la regla contenida en el art. 84 ET (en contra, GOERLICH PESET, art. cit., p. 120-121), ya que, aunque se admita su carácter de regla aplicativa y no creativa (ib.), no es factible que en la práctica se produzcan supuestos de eventual concurrencia entre acuerdos de fin de conflicto (cualquiera que sea su eficacia) y convenios colectivos de eficacia general. En todo caso, si partimos de la configuración del acuerdo como fuente formal del derecho, no podría sostenerse simultáneamente la afirmación de que "la

Ello no obstante, es preciso resaltar las alusiones legales a algunos de los aspectos que integran su régimen jurídico y que, fundamentalmente, se concretan en una serie de garantías subjetivas. Así, tanto en el artículo 8.2 como en el 24 RDLRT se efectúan varias previsiones al respecto<sup>672</sup>. En primer lugar, en el artículo 8.2 RDLRT, se alude a los sujetos legitimados para la negociación del acuerdo distinguiendo, al efecto, si el conflicto se limita a una empresa o, por el contrario, supera este ámbito. En el primer caso, la legitimación corresponderá, por un lado, al empresario y, por el otro, al Comité de huelga<sup>673</sup>; en el segundo caso, estarán legitimados "los representantes designados por los distintos comités de huelga", por un lado, y los "empresarios afectados", por otro. Teniendo en cuenta que la finalidad de estas previsiones no es otra que la de asegurar la concurrencia de interlocutores válidos y con capacidad para controlar el conflicto<sup>674</sup>, cabrían otras

---

previa existencia de un convenio estatutario condicionará decisivamente la naturaleza y eficacia del acuerdo de resolución del conflicto económico: si éste cae dentro del ámbito de la prohibición del artículo 84 del Estatuto habrá de ser considerado de naturaleza extraestatutaria" (GOERLICH PESET, art. cit., p. 122).

<sup>672</sup> Hay que tener en cuenta, en todo caso, que estamos ante una "regulación que no sólo es 'preconstitucional', sino 'preestatutaria', es decir, es anterior tanto a la regulación del vigente sistema de negociación colectiva, como a la de los órganos de representación -unitaria y sindical- de los trabajadores" (RENTERO JOVER, "Reflexiones sobre el comité de huelga", en Derechos de Libertad Sindical y Huelga, (CDJ) CGPJ-MADRID, 1992; p. 254).

<sup>673</sup> El comité de huelga se convierte así en el protagonista del proceso negociador, lo que no es sino resultado del privilegiado papel conferido por el propio RDLRT que, en su art. 5, le otorga competencia para "participar en cuantas actuaciones sindicales, administrativas o judiciales se realicen para la solución del conflicto". Por otra parte, la limitación legal de número de sus componentes a 12, constituye una previsión dirigida a garantizar su eficacia en el desempeño de su actividad que, obviamente, se dificultaría con una composición desproporcionada del órgano (RENTERO JOVER, "Reflexiones...cit.", p.256). En general, sobre la constitución y función negociadora de este órgano representativo (que, por otra parte, cuenta con el respaldo del TC), v. SEQUEIRA DE FUENTES, "El comité de huelga", en Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales, MADRID, 1983, p. 259 ss.

<sup>674</sup> De ahí la exigencia de que en la comunicación del preaviso aparezca la composición del comité de huelga (art. 3.3 RDLRT), cuya finalidad no es otra que la de abrir la posibilidad de controlar la representatividad de los que se erigen en interlocutores del conflicto frente al empresario.

posibilidades distintas a las establecidas<sup>675</sup>, todas ellas coherentes con el modelo constitucional de relaciones colectivas de trabajo<sup>676</sup> que, por su carácter preconstitucional, no pudo ser tenido en cuenta por la norma en cuestión.

En segundo lugar, el artículo 24 RDLRT establece una norma referida a la válida adopción del acuerdo previsto en el trámite de comparecencia ante la autoridad laboral (dentro del procedimiento de conflictos colectivos), exigiendo "mayoría simple" en cada una de las "representaciones"<sup>677</sup>, lo que, en la actualidad, se cohonesto con las exigencias establecidas para la formalización de todo tipo de norma colectiva. En consecuencia, parece razonable extender la aplicación de esta norma al supuesto de acuerdo contemplado

---

<sup>675</sup> Principalmente, aquellas alternativas que otorgaran un mayor protagonismo sindical al control del conflicto (v., al respecto, la amplitud subjetiva de las propuestas efectuadas por SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 76; y RENTERO JOVER, "Reflexiones...cit., p. 257 ss.; teniendo en cuenta la necesidad de un "adecuado emsamblaje normativo", para este autor, el comité de huelga "no debe ser de constitución obligatoria", sino subsidiaria, ya que "sus funciones son fácilmente asumibles por los sujetos sindicales o de representación unitaria" (p. 267)). No obstante, destacando, en los supuestos de conflictos supraempresariales, el problema de la falta de institucionalización de la representatividad sindical en relación con el momento conflictivo, v. RODRÍGUEZ-PINERO, "Sobre la representatividad...cit., p. 21 y 23. En todo caso, la configuración constitucional del derecho de huelga como derecho individual y, en consecuencia, indisponible colectivamente (v. ut supra), deja poco margen a un control sindical exclusivo de la misma.

<sup>676</sup> En todo caso, es destacable la correspondencia en la amplitud con que se configuran en la CE la titularidad, tanto del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE: "representantes de los trabajadores y empresarios"), como del derecho de huelga (art. 28.2 CE: "trabajadores") y de adopción de medidas de conflicto colectivo (37.2 CE: "trabajadores y empresarios"). No obstante, la presencia de diversas formas de representación obrera concurrentes, puede dar lugar a una conflictividad añadida (RENTERO JOVER, "Reflexiones...cit., p. 261).

<sup>677</sup> Sobre cuáles sean estas representaciones, el RDLRT guarda silencio, lo que plantea la duda en el caso de la representación laboral (la económica no suscita problema alguno), toda vez que, tratándose de un procedimiento alternativo a la huelga, una interpretación literal del art. 17 de la citada norma excluiría la actuación del comité de huelga, pues éste "desaparece como órgano representativo en el momento mismo en que se desiste de la huelga, es decir, el comité de huelga muere con la huelga" (SEQUEIRA DE FUENTES, art. cit., p. 268). Ello no obstante, no parecería apropiado, por disfuncional para el proceso conflictivo, una búsqueda de nuevos interlocutores sociales en el caso de desistimiento de la huelga. Siendo el comité de huelga órgano que ha dirigido el conflicto desde su inicio y, desde otra perspectiva, el que ha llevado su control, no parece oportuno que, lo que puede ser un cambio de estrategia en el contexto del conflicto, conlleve unos efectos tan desproporcionados, máxime cuando tal medida carece de toda justificación.

en el artículo 8.2 RDLRT.

Por último, de la literalidad del artículo 8.2 RDLRT precepto parece deducirse la existencia de un deber de negociar ("...deberán negociar para llegar a un acuerdo...") que, en su caso, vincularía a los sujetos legitimados obligándoles<sup>678</sup> a desplegar una actitud favorable a la consecución del acuerdo<sup>679</sup>. No parece que el alcance de la previsión legal, directamente conectada con la promoción de la negociación colectiva<sup>680</sup>, pueda rebasar los márgenes ordinarios de actuación del deber de negociar previsto para el resto de los productos convencionales.

No se aprecia, por el contrario, la existencia de normas referidas al contenido o la vigencia del acuerdo, ni tampoco parece posible la aplicación analógica de las previsiones estatutarias<sup>681</sup>. La propia naturaleza de este tipo de acuerdos, es decir, su carácter excepcional y su vocación de provisionalidad, traen consigo que, a pesar de su indiscutible valor normativo, carezca de sentido establecer reglas que determinen su contenido o su duración. Lo normal es que su contenido sea asumido, tarde o temprano, por el convenio colectivo inmediatamente posterior que se negocie

---

<sup>678</sup> SEQUEIRA DE FUENTES (art. cit., p. 266-267) la califica de "función-obligación" y, por aplicación analógica del art. 89 ET, entiende que la negociación debe "desarrollarse bajo el principio de buena fe".

<sup>679</sup> Y ello, desde el momento del preaviso (RENTERO JOVER, "Reflexiones...cit., p. 264).

<sup>680</sup> En cierto modo, "la garantía de la negociación colectiva se extiende más allá del mero reconocimiento del derecho a desarrollar una regulación conjunta, para implicar la necesidad por el legislador de adoptar todas aquellas medidas que tiendan a limitar las posibilidades de desacuerdo (...). Garantizar la negociación colectiva es promover la eficacia del proceso negocial en la consecución de acuerdos" (DEL REY GUANTER, "Los medios...cit., p. 17).

<sup>681</sup> Así, RENTERO JOVER, "Reflexiones sobre los <<pactos...cit., p. 2618 ss., haciendo especial referencia a la inaplicabilidad de la prórroga automática.

en el ámbito del conflicto<sup>682</sup>.

En relación con las garantías formales, parece aconsejable la aplicación, en todo caso<sup>683</sup>, de las reglas estatutarias referidas a su formalización escrita, registro y publicación, si bien, en los mismos términos y con las mismas precisiones que se efectuaron en relación con los acuerdos de empresa<sup>684</sup>.

---

<sup>682</sup> Admitiendo, en este sentido, su "vigencia indefinida" hasta su sustitución, SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 79-80.

<sup>683</sup> Es decir, con independencia de que su eficacia subjetiva sea general o limitada. Para GOERLICH PESET (art. cit., p. 125), por el contrario, concibiendo las reglas contenidas en el art. 90 ET como requisitos sine qua non para el convenio despliegue de eficacia general, sólo considera aplicables las mismas a los acuerdos que, por haber cumplido previamente el resto de requisitos exigidos, están en disposición de desplegar esa eficacia.

<sup>684</sup> A favor de la no aplicación de todo el rigor procedimental previsto en el ET, así como de la falta de correspondencia entre el cumplimiento de estos requisitos y la eficacia (jurídica y personal) de acuerdo, RENTERO JOVER, "Reflexiones sobre los <<pactos...cit., p. 2616; en contra, aunque de forma matizada, SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO, op. cit., p. 77-78.

### **3.- EL MODELO LEGAL Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES.**

#### **3.1.- GENERALIDADES.**

##### **3.1.1.- El modelo constitucional y la función de la ley en la aplicación de las normas convencionales.**

Perfilados en sus rasgos esenciales los diversos tipos de normas convencionales, estamos en disposición de analizar el papel que cada una ocupa en el sistema de fuentes del ordenamiento laboral. Como es evidente, todo examen al respecto no sólo debe tener en cuenta la posición de la ley en aquel sistema, sino también su papel en la organización global del mismo. La ley no es simplemente una de las posibles fuentes de regulación directa de las relaciones laborales. Al mismo tiempo, como instrumento normativo del Estado, cumple la privilegiada y delicada función de poner en marcha el complejo sistema de fuentes diseñado en la CE.

En lo que respecta a la negociación colectiva, ello se va a traducir en la plasmación positiva del conjunto de reglas y criterios que han de regir las relaciones entre las diversas fuentes formales, convencionales o estatales, del

derecho del trabajo. La función de la ley, que se desenvuelve ahora en el plano de la aplicación jurídica, difiere considerablemente de la que ostentaba en el plano creativo. Si entonces se trataba de organizar un sistema de producción de normas colectivas, dando así cumplimiento al mandato constitucional del artículo 37.1 CE, ahora se trata de incorporar ese sistema a un ordenamiento jurídico necesariamente unitario. A pesar de las diferencias funcionales, debidas al diverso plano de actuación en uno y otro caso, es fácilmente perceptible el carácter complementario de ambas formas de intervención legal, pues, en última instancia, tienen su fundamento en el aludido diseño constitucional.

Precisamente por ello, también en este plano aplicativo, la actuación de la ley, lejos de ser arbitraria, está regida por los principios constitucionales que, al fundamentar directamente el poder normativo de los sujetos colectivos, enmarcan, a la vez, la labor del legislador. De este modo, el mandato constitucional de garantizar el derecho a la negociación colectiva no puede quedar reducido, únicamente, al apoyo o promoción legal a la creación autónoma de instrumentos normativos. Antes al contrario, la proyección de ese poder sobre la realidad que pretende ordenar necesita el aseguramiento de un espacio propio de actuación, no interferido por otros poderes normativos, señaladamente los dimanantes del Estado (poder legislativo y poder reglamentario).

Pero este "espacio vital" que ha de habilitarse a la intervención de la negociación colectiva, por definición también se encuentra limitado. La incorporación del poder normativo colectivo al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico que efectúa la CE supone, per se, el reconocimiento de aquél espacio propio de actuación, pero, simultáneamente,



el sometimiento de dicho poder al orden constitucional. De ello se deriva, en primer lugar, la funcionalización teleológica de la fuente colectiva respecto de los principios y valores constitucionales que rigen nuestro ordenamiento. No hay que olvidar que la legitimidad del poder de autonormación colectivo proviene del hecho de constituir un instrumento para la realización de los fines constitucionales. Pero, por otro lado, la necesaria inserción de la negociación colectiva en un único "sistema" de fuentes significa, asimismo, que no se trata de un poder omnímodo, sino delimitado por el juego de equilibrios resultante del diseño constitucional.

Como ha sido oportunamente destacado por la doctrina<sup>685</sup>, son tres los límites constitucionales a la negociación colectiva. En primer lugar, la existencia de otros poderes normativos igualmente configurados como instrumentos para el cumplimiento de los fines constitucionales. De este modo, la ley como manifestación del poder normativo del Estado, tiene encomendada la realización de fines específicos, distintos cualitativamente (generales/colectivos) a los propios de la negociación colectiva. De esta superioridad funcional del poder estatal, se deriva la supeditación jerárquica de los productos normativos convencionales frente a los estatales. Pero, a su vez, ello significa que la superioridad jerárquica de la ley sólo estará justificada si se encuentra fundamentada en esa distribución funcional que se desprende del modelo constitucional.

Un segundo límite constitucional a la negociación colectiva proviene del necesario respeto a un espacio propio de actuación de la autonomía individual, que no puede quedar

---

<sup>685</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Los límites constitucionales de la contratación colectiva", RL-8/92; p. 1 ss.

anulada por el juego combinado de los respectivos poderes normativos. Antes al contrario, el principio de libertad, a pesar de ser un valor constitucional de limitada proyección en el ordenamiento laboral, exige la tutela legal de un ámbito reservado para las relaciones interprivados. Esta tutela legal, aún siendo de menor alcance que en otras esferas de nuestro ordenamiento, supone, por un lado, una autolimitación de la intervención estatal y, por otro, una heterolimitación de la negociación colectiva que, por tanto, no podrá invadir todo el espacio marcado para la composición de intereses en el mundo del trabajo.

Por último, tratándose de un poder normativo y, por ello, con capacidad de incidir imperativamente sobre distintas esferas de las relaciones individuales, su despliegue encuentra un límite indiscutible en el sistema de derechos fundamentales establecido en la CE. La modalización que los derechos fundamentales experimentan en el ámbito laboral no significa, sin embargo, que éste sea un coto cerrado para la aplicación de los mismos. Y ello no sólo por el paulatino proceso de reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados (*Drittwirkung*<sup>686</sup>), sino por el hecho de que estamos ante normas jurídicas. En la medida en que el individuo aparece como destinatario de un poder normativo (autónomo o heterónomo), se configura como virtual sujeto pasivo de eventuales ataques a sus derechos fundamentales.

### **3.1.2.- La plasmación positiva de la función aplicativa de la ley: los artículos 3 y 4 ET.**

---

<sup>686</sup> Sobre el alcance otorgado a este principio por la jurisprudencia del TC, v. el estudio de MOLINA NAVARRETE, "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales", RTSS-3/91, p. 63 ss.

Las exigencias funcionales que el modelo constitucional proyecta sobre la ley y que, en última instancia, se van a concretar en la determinación de la posición relativa de cada uno de los protagonistas de las relaciones laborales<sup>687</sup>, encuentran su plasmación más directa en los artículos 3 y 4 del ET. En efecto, bajo el epígrafe "fuentes de la relación laboral", en el artículo 3 ET se lleva a cabo la concreción formal de la distribución de poderes normativos que se deduce del modelo constitucional<sup>688</sup>.

De este modo, a través de la ordenación de las relaciones entre las fuentes formales del derecho del trabajo, sean de origen autónomo o heterónomo ("normas laborales estatales o pactadas"), se ofrecen al intérprete los criterios que han de regir la aplicación de las mismas. Asimismo, se delimita el rol que le corresponde jugar a la autonomía individual en el ámbito de las relaciones de trabajo. Rol, ciertamente reducido, a tenor tanto de su configuración "en negativo" respecto de aquéllos poderes (3.1.c y 3.5 ET), como de su consecuente carácter residual. No hay que perder de vista que la función esencial de las normas laborales ha sido, precisamente, la de limitar a niveles aceptables el juego de la autonomía individual en las relaciones de trabajo. De este modo, del esquema legal contenido en el artículo 3 ET se deduce que, más allá de potenciar su papel, la función de la ley ha sido la de corroborar el efecto inderogable que las normas laborales, tanto estatales como pactadas, proyectan sobre la autonomía individual. De este modo, la función tradicional de la

---

<sup>687</sup> Sobre la dificultad de definir exactamente esta posición, v. MATHIEU/DION-LOYE: "Le syndicat, le travailler et l'individu: trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini", DS-90, p. 525 ss.

<sup>688</sup> Tarea nada fácil, si tenemos en cuenta que lo verdaderamente "perturbador (...) es la variedad de modos de expresión de estos poderes" (ALONSO OLEA, "Introducción: origen, desenvolvimiento...cit., p. 27).

autonomía individual, que ha sido la de mejorar los mínimos legales o convencionales, queda plasmada, por tanto, en nuestro derecho positivo (art. 3.1.c ET). Sin embargo, el alcance de dicho principio ha debido soportar las matizaciones que impone el cambio en los presupuestos en que se asentaba: no otro que el de la identificación o no contradicción entre el interés colectivo y el individual<sup>689</sup>.

Por su parte, en el artículo 4 ET, se efectúa una enumeración de los "derechos laborales" de los trabajadores que, en esencia, no es otra cosa que la transcripción de los derechos fundamentales que se refieren al trabajador en tanto que individuo.

Pero lo que aquí interesa destacar es que, en ambos artículos, van a quedar plasmados los tres límites a la negociación colectiva que, como hemos visto, se deducían del modelo constitucional. En el artículo 3 ET, se aprecian sus limitaciones frente al poder estatal y, en menor medida,

---

<sup>689</sup> En efecto, el redimensionamiento funcional sufrido por la negociación colectiva, que pasa de ser meramente mejorativa ("toujours plus") para convertirse en concesiva ("donnant-donnant"), rompe aquel presupuesto, pues la norma colectiva puede aparecer, a veces, contraria a los intereses individuales. Esto provoca una redefinición de los clásicos esquemas de relación entre negociación colectiva y autonomía individual, así como de los principios rectores de la misma, labor que no está exenta de contradicciones como lo demuestran los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto (v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Principio pro operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva", RL-90 (I), p. 38 ss). Un ilustrativo ejemplo al respecto viene dado por el debate en torno al alcance de la disponibilidad colectiva de las condiciones más beneficiosas (sobre los términos del mismo, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, art. ult. cit., p. 40 ss.; OJEDA AVILÉS, "El principio de condición más beneficiosa", RPS-134/82, p. 7 ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ...; CAMPS RUIZ, "La condición más beneficiosa", en III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS (TLB)-VALENCIA, 1993, p. 230 ss.; MARTÍNEZ-JIMÉNEZ, "La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma", RL-88(I), p. 97 ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "La condición más beneficiosa", DL-33/91, p. 55 ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, "Vías de extinción-modificación de la condición más beneficiosa", RL-88(II), p. 284 ss.; por lo demás, se trata de un debate con precedentes en nuestro entorno socio-jurídico, como lo demuestra la atención recibida, por ejemplo, en la doctrina francesa, donde destacan, entre otros, los trabajos de RODIÈRE, "Observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail", DS-86, p. 873 ss.; LANGLOIS, "La politique des avantages acquis", DS-86, p. 881 ss.; MAIRE: "Du changement imposé aux adaptations négociées", DS-86, p. 834 ss.; DÉPREZ: "A quelles conditions la révocation d'avantages acquis peut-elle intervenir devant le comité d'entreprise ou avec son concours?", DS-90, p. 426 ss.; DOCKÈS, "L'avantage individuel acquis", DS-93, p. 826 ss.

frente a la autonomía individual<sup>690</sup>. En el artículo 4 ET, frente al sistema de derechos fundamentales. De este modo, la ley, mediante la transposición del diseño efectuado en la CE, ha llevado a cabo, indirectamente, su función de configurar la posición relativa que han de ocupar las "normas convencionales" en el sistema de fuentes formales del derecho del trabajo.

Vamos a proceder, en consecuencia, al análisis de esa posición que, fundamentalmente, estará definida por el descubrimiento de los equilibrios, siempre inestables, entre poder estatal y poder colectivo. Por tanto, dejaremos al margen el estudio de las limitaciones que proyectan sobre la negociación colectiva, tanto el sistema de derechos fundamentales<sup>691</sup>, como la autonomía individual<sup>692</sup>, ya que,

---

<sup>690</sup> De ahí que fuese el artículo "más complejo, delicado y discutido" (SAGARDOY BENGOCHEA, "Intrahistoria...cit., p. 14).

<sup>691</sup> La jurisprudencia del TC, a pesar de su "falta de concreción" (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 424) ofrece ilustrativos ejemplos al respecto (así, entre otras, v. las SSTC 31/84, 58/85, 52/87, 177/88, 171/89; 145/91). V. sobre el tema, GARCÍA MURCIA, La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo, cit., *passim*; CASAS BAAMONDE, "Revisión en amparo de la constitucionalidad de los convenios colectivos", REDT-38/89, p. 317 ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos", RL-88(I), p. 389 ss.

<sup>692</sup> También aquí ha tenido ocasión de pronunciarse repetidamente el TC (v., entre otras, STC 58/85, 92/92, 105/92). La creciente relevancia actual de la autonomía individual, no sólo ha supuesto un reforzamiento de sus contornos frente a la autonomía colectiva (en concreto, frente a la disponibilidad colectiva de derechos individuales, v. GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 362 ss.; v., también de este autor, "Autonomía individual en masa y antisindicalidad", RL-89(II), p. 256 ss.), sino que, además, está provocando una redefinición funcional de la negociación colectiva en el sistema de fuentes (sobre el tema, v. los trabajos contenidos en el número monográfico de RL (20-21/91), Individualización de las relaciones laborales, principalmente, RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales", p. 1 ss.; D'ANTONA: "La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo", p. 8 ss.; OJEDA AVILÉS: "La autonomía colectiva y la autonomía individual", p. 35 ss.; DURÁN LÓPEZ/SÁEZ LARA: "Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo"; CASAS BAAMONDE: "La individualización de las relaciones laborales", p. 126 ss.; asimismo, más recientemente, RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Autonomía individual, negociación colectiva...cit.; GONZÁLEZ ORTEGA: "Poder de dirección...cit.; BORRAJO DACRUZ: "La regulación de las condiciones de trabajo en España: poderes normativos y autonomía individual", en La reforma del mercado de trabajo, AE-MADRID, 1993, p. 1063 ss.). En este proceso de individualización de las relaciones laborales, la ley no es neutral, pues, en buena medida, el avance de la autonomía individual frente a la negociación colectiva se debe a una clara línea de política del derecho favorecedora de una limitación del alcance de la heteronomía colectiva (sobre el tema, CASAS/BAYLOS/ESCUERO, "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español", RL-87 (II), p. 315 ss.). En todo caso, se trata de una tendencia que no puede desconocer que la propia

sin desdeñar su importancia, quedaría sobrepasado, con creces, el marco de estudio en el que estamos situados (sistema de fuentes). En consecuencia, nos centraremos en el examen de los principios aplicativos que rigen las relaciones entre las fuentes laborales, tanto las de origen estatal, como las de origen colectivo, principalmente, a la vista de los reequilibrios introducidos por las últimas reformas legislativas<sup>693</sup>. Como punto de partida habrá que empezar por el análisis del artículo 3 ET, si bien, teniendo presente que no se agotan aquí todas las posibilidades de deducir elementos de juicio al respecto<sup>694</sup>.

Teniendo en cuenta el objeto de este trabajo, el centro del análisis estará ocupado por las fuentes formales de origen convencional. El examen de las fuentes estatales girará en torno a aquéllas, ya que su objetivo no es otro que el de dilucidar la posición de la negociación colectiva, siempre relativamente definida respecto de la ocupada por la ley. Por ello, en primer lugar veremos los criterios legales que rigen las relaciones entre normas estatales y normas convencionales (señaladamente, entre ley y convenio) (3.2); y, posteriormente, los criterios de ordenación que han de

---

esencia de la negociación colectiva como fuente está en su capacidad de incidir sobre la autonomía individual, es decir, en la vinculabilidad de sus productos normativos, concretada en el despliegue de sus típicos efectos (inderogable, automático y sustitutivo, v. ut supra, Cap. II.3) sobre las relaciones de trabajo afectadas.

<sup>693</sup> Que, habiendo incidido claramente sobre las relaciones ley/convenio, han sido especialmente trascendentes para la negociación colectiva misma, cuyos productos normativos han visto alterado notablemente su papel respectivo (en este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit., p. 25).

<sup>694</sup> En todo caso, sería preciso hacer una interpretación extensiva del precepto que fuese comprensiva del conjunto de relaciones entre las distintas fuentes formales del ordenamiento laboral. Para ello, como veremos, no se necesitará forzar en demasía el precepto, ya que sólo bastará que la referencia al "convenio colectivo" no sea interpretada de forma restrictiva, es decir, como si sólo aludiera al convenio colectivo de eficacia general previsto en el ET. La propia letra del precepto no permitiría tal reduccionismo interpretativo pues no se entendería entonces el sentido de la alusión a las "normas pactadas". De este modo, habrá que concluir con GARCÍA MURCIA ("La función...cit., p. 49), en que el art. 3 ET "cuando habla de convenios colectivos puede entenderse que habla genéricamente de todo acuerdo colectivo, sin perjuicio de que en determinados casos haya que hacer matizaciones sobre su alcance y eficacia".

regir las relaciones entre los diversos tipos de normas convencionales examinados (3.3) que, sin ser explícitos, pueden deducirse, sin perder de vista el modelo constitucional, del conjunto de las puntuales intervenciones de la ley en materia de negociación colectiva<sup>695</sup>. Por último, el estudio de esas relaciones debe concluir, desde una perspectiva dinámica, con el examen de la aplicación de las normas convencionales en el tiempo (3.4), complemento necesario para contar con una visión integrada de su ordenación en el sistema de fuentes jurídico-laboral.

### **3.2.- LAS RELACIONES ENTRE NORMAS ESTATALES Y NORMAS CONVENCIONALES.**

#### **3.2.1.- Ley y negociación colectiva en la ordenación de las relaciones laborales.**

Como poder normativo con capacidad para intervenir en la ordenación de las relaciones de trabajo, la negociación colectiva encontraba su primer límite en la concurrencia del poder estatal en esa misma función. La primera misión de la ley en la organización del sistema formal de fuentes del derecho del trabajo ha de consistir, por tanto, en el diseño de las relaciones entre las diversas fuentes formales, convencionales o estatales, del derecho del trabajo,

---

<sup>695</sup> En definitiva, de esas intervenciones se deduce que "el diseño legal implica no sólo una diversidad de funciones en el papel normativo del convenio colectivo, ya sea en relación con la ley, ya en relación con otros convenios colectivos, sino también una diversidad de papeles en el propio convenio colectivo o, más genéricamente, de los actos o negocios de tutela colectiva" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit., p. 35).

El punto de partida inexcusable viene dado por el modelo constitucional y, en concreto, por la función asignada a las dos fuentes en el contexto del sistema jurídico-laboral. En este sentido, configurado como un modelo pluralista, el reconocimiento del poder normativo de los sujetos sociales no puede ser una mera declaración formal. A la ley le corresponde garantizar la efectividad real de este poder, es decir, su capacidad de incidir normativamente sobre la esfera social. Ello se traduce en la necesidad de una autocontención legal y, consecuentemente, en la reserva de espacios de actuación propios a la negociación colectiva<sup>696</sup>, precisamente aquellos en los que se ha mostrado su mayor idoneidad como fuente de ordenación jurídica.

Pero este necesario repliegue legal no significa que deba de producir una retirada absoluta de la ley en esta relevante esfera de la realidad social. El pluralismo jurídico sobre el que se asienta nuestro modelo constitucional no puede ser confundido con una especie de "liberalismo colectivo"<sup>697</sup>. Antes al contrario, son diversos los mandatos constitucionales que comprometen directamente

---

<sup>696</sup> De este modo, del "sistema constitucional" se deduce que "el convenio colectivo, como fuente del ordenamiento jurídico-laboral, disfruta de un espacio o ámbito competencial general o indefinido, de la misma amplitud material que el poder legislativo en materia laboral (arts. 35.2, 28 y 37 CE), sin necesidad de autorización legal expresa para ello" (CASAS BAAMONDE, "Arbitrajes...cit.", p. 3). Como es sabido, ello no significa que se deduzca de la CE una especie de reparto competencial entre ley y convenio. Es decir, aunque pueda hablarse técnicamente de una "reserva de convenio colectivo", no hay duda de la existencia de una "garantía de efectividad potencial de la negociación colectiva que hace necesario que esa negociación y su resultado negocial y normativo tengan una posibilidad de influir decididamente en las relaciones laborales, por existir espacios <<libres>> para su regulación" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/DEL REY GUANTER, "El nuevo papel...cit.", p. 29). Esto no quiere decir que estos "ámbitos naturales de actuación" (VALDÉS DAL-RÉ, "El paradigma...cit.", p. 116) estén estructurados horizontalmente, es decir, se refieran a una distribución de competencias por materias concretas; antes al contrario, lo normal será una determinación vertical de los espacios competenciales, donde el reparto se realizaría, por niveles, dentro de cada materia. De esta indeterminación competencial se deduce que estas fuentes ostentan competencias concurrentes sobre las diversas materias laborales.

<sup>697</sup> En este caso, la tesis pluralista sólo se estaría utilizando para legitimar nuevas formas de hegemonía del poder económico (una crítica al respecto en, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Un modelo democrático...cit.", p. 32 ss.; asimismo, poniendo de manifiesto la necesidad de "depurar" esta "ganga ideológica", VALDÉS DAL-RÉ, "Relaciones entre norma estatal y norma colectiva: una aproximación", en El Trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca), UZA-ZARAGOZA, 1982, p. 65.)



la actuación de los poderes públicos<sup>698</sup>, forzando la intervención positiva en el desarrollo de los derechos reconocidos. No estamos, pues, ante un modelo que preconice la abstención legal<sup>699</sup> y, mucho menos, en lo que se refiere a la ordenación de las relaciones individuales de trabajo.

La ley y la negociación colectiva concurren en el cumplimiento de los fines constitucionales, es decir, son dos instrumentos complementarios para la realización del modelo de sociedad que proyecta el sistema de valores contenido en la CE<sup>700</sup>. El papel de la ley se concreta en la determinación de los términos en los que debe establecerse esa colaboración. Tratándose de un equilibrio inestable, condicionado por una multiplicidad de factores de diversa índole, la ley estará obligada a la revisión periódica de aquellas relaciones, aumentando o disminuyendo la intensidad de su intervención en función de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, en esta redefinición cuenta con un límite que no puede desconocerse: la imposibilidad de inhibirse injustificadamente<sup>701</sup>. En otras palabras, la retirada de la ley, no sólo no podrá ser total, sino tampoco incondicionada<sup>702</sup>. El cumplimiento de los fines

---

<sup>698</sup> Aparte de la genérica habilitación competencial recogida en el art. 9.2 CE.

<sup>699</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO/DEL REY GUANTER, "El nuevo...cit., p. 29.

<sup>700</sup> En consecuencia, es evidente que "las relaciones entre norma estatal y norma colectiva no son de rígida alternativa" (VALDÉS DAL-RÉ, "Norma estatal...cit., p. 73).

<sup>701</sup> En este sentido, la última reforma merece una valoración claramente negativa. Como apunta al respecto GONZÁLEZ ORTEGA ("La reforma...cit., p. 341), "la intervención legal no tiene por qué replegarse de forma tan acentuada si se acepta, como sucede, que en gran parte tiene naturaleza dispositiva. Porque la carencia de regulación legal significa la desaparición de un cuadro normativo claro en los supuestos en que la negociación no quiera o no pueda asumir sus funciones; de esta forma el papel de la ley como garantía alternativa de un cuadro mínimo de derechos queda seriamente degradada".

<sup>702</sup> Nos estamos refiriendo a la regulación legal imperativa, pues como se ha señalado (GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 446), "el Derecho del Trabajo o está sustentado en normas mínimas o, en alguna medida, no es tal".

constitucionales actúa como referencia inmediata de la intervención legal en los ajustes y reajustes a que, eventualmente, deba someterse el equilibrio entre las dos fuentes<sup>703</sup>.

Valorando desde esta perspectiva las últimas reformas legislativas, marcadas por un, nada disimulado, reequilibrio funcional entre ley y negociación colectiva<sup>704</sup>, a su vez, impuesto por las persistentes, y siempre inabarcables, exigencias de flexibilidad<sup>705</sup>, el juicio no puede ser más que negativo. La pretendida potenciación de la negociación colectiva bien puede ser considerada como declaración retórica (o, más bien, demagógica) pues, lejos de traducirse en un reforzamiento técnico de las normas que regulan los diversos aspectos estructurales de la misma, ha supuesto, simplemente, una retirada de la ley en la regulación de un

---

<sup>703</sup> Por ello, la sustitución del "garantismo legislativo por el garantismo colectivo o negocial, en una optica de gestión flexible de las relaciones laborales, y con una nueva visión de las relaciones entre poderes del sindicato y derechos del individuo" (DURÁN LÓPEZ, "El Estatuto...cit., p. 150), característica común de nuestro entorno socioeconómico (v. al respecto, SCARPONI, "Legislazione e autonomia colettiva nel <<governo>> della flessibilità: spunti di riflessione comparata", SL-89/90, p. 290 ss.) puede ser una propuesta aceptable, siempre y cuando tenga en cuenta los límites funcionales que impone el diseño constitucional y, fundamentalmente, el papel otorgado a la negociación colectiva y a la ley en el cumplimiento de los fines y valores allí contenidos. De este modo, la existencia o no de un sustrato de derecho estatal inderogable (normas mínimas), trayendo causa de un determinado diseño material del sistema de fuentes, constituye, a su vez, un dato que caracteriza y define cada modelo de relaciones laborales (CARRIER, op. cit., p. 90).

<sup>704</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Una nueva ordenación de poderes...cit., p. 63.

<sup>705</sup> Destacando la "equivocidad genética" de esta palabra, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit., p. 92. Este recurso, generalizado, por otra parte, en el contexto de las llamadas "políticas del derecho de la crisis" (MARIUCCI, Le fonti...cit., p. 101), tiene un efecto multiplicador, ya que "la flexibilidad penetra en la misma estructura del derecho de la relación laboral, con éxitos sobre el plano de la interpretación y la aplicación de la normativa que van más allá de las innovaciones introducidas a nivel legislativo formal" (ib., p. 111; asimismo, v., también entre la doctrina italiana, VARDARO, "Verso un nuovo rapporto tra legge e contratto", PD-85, p. 429 ss.; FERRARO, "Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità", GDRLRI-86, p. 667 ss.; VENEZIANI, "Legge e contrattazione collettiva nel sistema di relazione industriali", en el volumen colectivo In memoriam Sir Otto Kanh-Freund, MUNICH, 1980, p. 275 ss.).

gran número de materias<sup>706</sup>. Esta desregulación de las relaciones laborales<sup>707</sup>, que se ha llevado a cabo bajo el manto de una remisión material en bloque a la negociación colectiva, siendo incondicional<sup>708</sup>, es decir, no teniendo en cuenta la capacidad potencial de la fuente colectiva para asumir estas nuevas funciones normativas, es, por ello, difícilmente compatible con el modelo constitucional<sup>709</sup>.

Los niveles de la confusión que envuelve estas relaciones se acrecientan si constatamos que, esta especie de liberalismo colectivo que propicia la ley, choca frontalmente con paradójicas dosis de intervencionismo<sup>710</sup> en esferas que, como las salariales, constituyen, éstos sí, genuinos espacios de autonormación colectiva<sup>711</sup>.

---

<sup>706</sup> Y ello, diversificando su actuación en dos frentes: por un lado, "la supresión coactiva de las normas sectoriales de origen estatal", y por otro, "el retroceso del contenido de la ley" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit., p. 91).

<sup>707</sup> Resultado, a veces, de una despreocupación del legislador por buscar otras vías más articuladas, y menos "drásticas", de flexibilización (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Ley y convenio colectivo...cit., p. 6).

<sup>708</sup> Pues sólo tiene como justificación los difusos imperativos de la crisis económica, lo que, en sí mismo, "no tiene que significar, conceptual y necesariamente, retroceso del ordenamiento laboral", pues "tampoco es correcto afirmar que las garantías normativas estatales sólo se han producido en momentos de esplendor y expansión económica" (GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 179).

<sup>709</sup> Hay que tener en cuenta que, en definitiva, "la ampliación de espacio a la autonomía colectiva no justifica de por sí cualquier expulsión del ámbito del ordenamiento laboral de la intervención normativa estatal, que ha de seguir teniendo una función importante en el Derecho del Trabajo, desde luego siempre que estén en juego los derechos de la persona, también para asegurar mínimos operables en todo caso, al margen de la existencia o no de un convenio colectivo, pero también para asegurar una cierta uniformidad en el reconocimiento de aquellos derechos que componen la estructura misma de la relación de trabajo" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit., p. 24).

<sup>710</sup> Poniendo de manifiesto la existencia de este tipo de "fenómenos un tanto contradictorios que produce la crisis", RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Acuerdos sociales y negociación colectiva", cit., p. 287.

<sup>711</sup> Esta rigidez "de nuevo cuño" de la que ya hablaba en su día GARCÍA PERROTE (op. cit., p. 200), y que en la actualidad encuentra nuevas manifestaciones más "elaboradas" (por ejemplo, la imposición legal de las cláusulas de descuelgue salarial como contenido obligatorio, v. *ut supra*), no sólo ha repercutido negativamente en el desarrollo de la dinámica negocial (CARRIER, op. cit., p. 93, que destaca cómo, por ello, en algunos países la intervención pública se limitan a meras "recomendaciones"), provocando, de paso, una estructura salarial insuficientemente diversificada (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo", RL-14/93, p. 4-5), sino que, además, ha puesto en cuestión los límites del "espacio vital" de

Con estos presupuestos, sin embargo, abordaremos el análisis de las relaciones entre normas convencionales y normas legales, cuya creciente complejidad se debe, no sólo a la revisión practicada sobre los clásicos principios aplicativos, sino por un constatado incremento de las fuentes formales intervinientes no acompañado, sin embargo, de un esclarecimiento de sus respectivas funciones normativas<sup>712</sup>. Será preciso, por tanto, verificar el grado de vigencia de los clásicos principios aplicación ante esta renovada realidad jurídico-normativa, reflejo, a su vez, de los cambios experimentados en el contexto de las relaciones de producción. No hay que olvidar que, a pesar del grado de confusión reinante, se trata de una tarea ineludible para que el Derecho del Trabajo siga cumpliendo las funciones que le son propias<sup>713</sup>.

---

actuación de la negociación colectiva. Ante la ausencia de un sólido fundamento constitucional que justificara tal intervención, pues no basta con el recurso genérico a los imperativos de "política económica" que, en ningún caso, puede constituir un fin en sí mismo, su legitimidad es bastante discutible (admitiéndola bajo ciertas condiciones, sin embargo, nos encontramos con varios pronunciamientos del TC: así, ATC 217/84 y SSTC 63/86 y 96/90; asimismo, entre otros, DURÁN LÓPEZ, "El Estatuto...cit., p. 147). No hay que olvidar que, tradicionalmente, la limitación de los salarios ha sido una de las principales razones por las cuales el Estado se ha esforzado en el control de la negociación colectiva; logrado este objetivo, la negociación colectiva devenía disfuncional pues quedaba instrumentalizada al servicio de intereses que no le eran propios (en este sentido, BAYÓN CHACÓN, art. cit., p. 38). Sobre el tema, que ha sido tratado desde diversas perspectivas, hay ya una abundante bibliografía en nuestro país; así, entre otros, v. GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 304 ss.; DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS: "Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983", RL-85; p. 243 ss.; VALDÉS DAL-RÉ: "Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones", RL-87 (II), p. 32 ss.; DEL REY GUANTER: "Leyes de presupuestos del Estado y acuerdos interprofesionales en la limitación de las rentas salariales", RL-87 (I), p. 429 ss.; SALA FRANCO/RAMÍREZ MARTÍNEZ: "La negociación colectiva del personal laboral al servicio del Sector Público", RL-85 (I), p. 269 ss.; MORENO VIDA: "Intervencionismo estatal en la negociación colectiva a través de la fijación de topes salariales máximos", AL-14/89; p. 163 ss.; CAVAS MARTÍNEZ: "Leyes de presupuestos e intervencionismo estatal en la negociación colectiva del sector público", RTSS-jul./sep.-92, p. 7 ss.; ESPINA: "Política de rentas en España: 1977-1986";

<sup>712</sup> De este modo, se percibe cómo "las fuentes se anudan en un intercambio de roles y funciones de los cuales se pierde la trama fundadora" (MARIUCCI, *Le fonti...*cit., p. 109).

<sup>713</sup> Como señala MARIUCCI (*Le fonti...*cit., p. 109), "invocar el restablecimiento de una relación ordenada entre las fuentes equivale a promover la realización de un orden "sustantivo" de la normativa".

### 3.2.1.1.- Las relaciones entre convenio colectivo y ley.

En general, el estudio de las relaciones entre normas convencionales y normas estatales ha girado tradicionalmente en torno a las relaciones entre las dos fuentes formales más típicas: el convenio colectivo y la ley<sup>714</sup>. De este modo, las pautas que se han ido marcando en la interacción entre poder estatal y poder colectivo han encontrado su expresión más diáfana en el complejo nudo de conexiones en el que la ley ha plasmado su relación con el convenio colectivo<sup>715</sup>. Por ello, a pesar de que las últimas reformas legislativas han potenciado el papel de la negociación colectiva en la ordenación de las relaciones laborales, lo que se ha concretado tanto en una redefinición de los espacios competenciales de la ley y el convenio, como en la intervención reguladora de otros instrumentos convencionales<sup>716</sup>, el estudio del modelo legal aplicativo deberá partir de la aludida relación, no sólo por su indiscutible vigencia, sino por ser la única tipificada formalmente<sup>717</sup>.

---

<sup>714</sup> En esta tipificación, fundamentalmente llevada a cabo por la doctrina científica, destacan los esfuerzos de sistematización prácticos por MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia y articulación de normas laborales", RPS-119/78 p. 5 ss.; y GARCÍA-PERROTE, Ley y autonomía colectiva, cit.

<sup>715</sup> No hay que olvidar que, sin perjuicio del respeto debido al diseño constitucional, en el plano formal la tipificación de estas relaciones va a ser producto de una "autoconfiguración" realizada por la propia ley (GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 157).

<sup>716</sup> V. al respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit.", p. 25 ss.; asimismo, PALOMEQUE LÓPEZ: "El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo", RL 17-18/94, p. 246 ss.; FUENTES RODRÍGUEZ, El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral, TLB-VALENCIA, 1995. En todo caso, se trata de la ratificación de una línea de tendencia que venía observándose desde la "irrupción" del convenio como instrumento de ordenación de las relaciones laborales (BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo...cit., p. 112).

<sup>717</sup> En efecto, el artículo 3 ET, a la hora de establecer las relaciones entre las fuentes laborales, sólo alude, entre las colectivas, al "convenio colectivo", manifestación típica por excelencia de la negociación colectiva en tanto que poder normativo. Como veremos, ello no será óbice para ensayar una ordenación en el sistema de fuentes formales del derecho del trabajo, ya que, precisamente, las relaciones entre normas estatales y normas convencionales estarán generalmente mediatizadas por la relación entre ley y convenio, y ello, sin perjuicio de las relaciones que puedan establecerse respectivamente entre las distintas fuentes de uno u otro tipo. Conviene aclarar, no obstante, que en lo

No obstante esa complejidad, un dato se nos muestra indiscutible: la superioridad de la fuente estatal sobre la colectiva, articulada jurídicamente mediante el principio de jerarquía normativa<sup>718</sup>. Ello quiere decir, y así ha sido entendido en la práctica, que los mandatos imperativos de la ley ("normas de orden público social"<sup>719</sup>) se imponen directa e inmediatamente al convenio, de manera que su contenido, presente o futuro, deberá acomodarse a lo establecido legalmente, so pena de nulidad<sup>720</sup>. Este principio, por tanto, se convierte en el eje central en torno al cual se estructuran el resto de las relaciones posibles entre ley y convenio. De este modo, las llamadas relaciones de

---

que se refiere a su relación con la ley, por "convenio colectivo" ha de entenderse aludido, tanto el de eficacia general, como el de eficacia limitada. El alcance de la eficacia personal sólo tendrá relevancia, como veremos, en las relaciones que se establecen entre normas convencionales, pero no altera las reglas que puedan definir la relación entre leyes y convenios colectivos.

<sup>718</sup> La formulación general de este principio en el art. 9.3 CE y, específicamente para el ordenamiento jurídico-laboral en los arts. 3 y 85.1 ET, se muestra incontestable (así, GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 149). Ello significa, en el plano aplicativo, que el intérprete está obligado a optar por la ley frente al convenio en caso de concurrencia conflictiva de ambas normas. Pero nada más. De esta indiscutible superioridad de rango no cabe, sin embargo, extraer ningún perjuicio que pueda traer consigo la extrapolación al plano creativo de esta superioridad (v., ut supra). En definitiva, en la CE "se reconoce una autonomía colectiva <<originaria>>, no producto de la delegación o reconocimiento por la norma legal, pero a su vez se reconoce en principio una prevalencia de la norma legal sobre la norma colectiva" (RODRÍGUEZ-PINERO, "Norma estatal y norma colectiva", RL-87 (II), p. 65; en parecidos términos, GARCÍA BECEDAS, "Acuerdo...cit., p. 78).

<sup>719</sup> Que estarán compuestos tanto por el llamado derecho necesario, sea absoluto (inderogable en todos los sentidos), sea relativo (sólo inderogable in peius), (v. al respecto, LYON-CAEN, "Négociation collective et legislation d'ordre public", cit., p. 90 ss.; ROZES: "Remarques sur l'ordre public en droit du travail", DS-77, p. 311 ss.; asimismo, BRIGUORI SPINA: "Contributo all'analisi dei rapporti tra la norma inderogabile e il contratto collettivo", RIDL-82(I), p. 249 ss.; SPERDUTTI, "Applicabilità al diritto del lavoro della nozione di norma di applicazione necessaria", MGL-77, p. 151 ss.). Teniendo como finalidad el servir de complemento a la tutela colectiva, corrigiendo sus insuficiencias, constituye un núcleo de regulación heterónoma irrenunciable (GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 200 ss.).

<sup>720</sup> V., al respecto la profusa jurisprudencia constitucional que, a partir de la paradigmática STC 210/90, de 20 de diciembre (comentada por VALDÉS DAL-RÉ, "Aplicación inmediata de Ley y Derecho a la negociación colectiva" (I y II), RL-91(I), p. 15 ss.; asimismo, DURÁN LÓPEZ, "El convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo: las relaciones ley-convenio colectivo. El papel de la autonomía individual", en La negociación colectiva, CDJ (CGPJ)-MADRID, 1992, p. 252 ss.) ha mantenido una línea uniforme sobre el alcance del principio de jerarquía en las relaciones ley/convenio, solventando las dudas planteadas anteriormente por la jurisprudencia ordinaria (v. OJEDA AVILÉS, "La doctrina del equilibrio interno del convenio", REDT-31/87, p. 333 ss.). En general, los supuestos de concurrencia (conflictiva o no) han sido ya estudiados y tipificados por la doctrina científica (MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia y articulación...cit., p. 25 ss.; GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 411 ss.).

complementariedad, suplementariedad y supletoriedad<sup>721</sup>, lejos de suponer una excepción al principio de jerarquía, lo presuponen, al configurarse formalmente en clara dependencia funcional respecto de éste<sup>722</sup>. En otras palabras, al asentarse sobre la base de una relación de concurrencia no conflictiva<sup>723</sup>, no hay necesidad de una aplicación directa del principio de jerarquía que, no obstante, está latente en los tres modos de relación aludidos<sup>724</sup>.

Sin embargo, ello no puede entenderse en menoscabo de estos tipos de relaciones. Antes al contrario, en tanto que modulaciones al principio de jerarquía, constituyen la plasmación de las exigencias que dimanar del diseño constitucional del sistema de fuentes, donde la colaboración internormativa entre ambos tipos de normas es algo más que una mera posibilidad. De este modo, la superioridad de rango que encarna el principio de jerarquía normativa, estando justificada por la función encomendada a la ley (y al Estado) en la realización de los fines constitucionales, no es, por definición, absoluta, en la medida en que la propia CE prevé, igualmente, la concurrencia del poder colectivo en el

---

<sup>721</sup> Sobre el significado de cada una de ellas v., respectivamente, MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia y articulación...cit., p. 20 ss., 12 ss. y 14 ss.; y GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 213 ss., 171 ss. y 324 ss.

<sup>722</sup> Por ello, a pesar de que "la norma que se aplica directamente es la de rango inferior (...) es sabido que al aplicar ésta se está aplicando simultáneamente la superior" (ALARCÓN CARACUEL: "Un concepto clásico de la relación entre ley y convenio", en Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, CÓRDOBA, 1983, p. 48).

<sup>723</sup> MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia y articulación...cit., p. 25; GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 415-416.

<sup>724</sup> Y, en consecuencia, se pondrá de manifiesto insoslayablemente cuando se produzcan indicios de alteración por el convenio de la relación legalmente configurada. En contraste con estos tipos de configuración de las relaciones ley/convenio, cuando se trata de derecho necesario absoluto o de máximos de derecho necesario, el principio de jerarquía deja de estar latente, para erigirse en el verdadero principio rector de la relación. Ello se debe a que en estos casos habría propiamente una colisión entre normas de diverso rango, sólo solucionable mediante la eliminación de la inferior, el convenio (GARCÍA-PERROTE, p. cit., p. 428).

desempeño de esa función<sup>725</sup>. En definitiva, el principio de norma mínima, a pesar de tener un alcance más matizado<sup>726</sup>, en tanto que articula el reparto competencial entre ley y convenio, continúa siendo el complemento indispensable del principio de jerarquía en la configuración de las relaciones entre ley y convenio. No en vano, ambos constituyen dos caras de la misma moneda, ya que en toda distribución competencial, subyace una ordenación jerárquica de fuentes<sup>727</sup>. Por otra parte, las diferentes formas de relación ley/convenio tipificadas no son otra cosa que modalizaciones graduales de la interacción entre principio de jerarquía y principio de

---

<sup>725</sup> De este modo, podría hablarse de un reparto competencial articulado mediante el principio de norma mínima (ALARCÓN CARACUEL, "Un concepto...cit., p. 49) que, junto con el de jerarquía normativa, serían la base estructural sobre la que se asentarían todo el complejo nudo de relaciones que pueden tipificarse entre ley y convenio.

<sup>726</sup> En este sentido, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO/DEL REY GUANTER: "El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley", cit., p. 27 ss. Con independencia de las razones del retroceso paulatino de las relaciones de suplementariedad entre ley y convenio en nuestro país (detalladamente, GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 178 ss.), lo cierto es que, tras la reforma, se ha ratificado plenamente esta tendencia con la creciente diversificación de las relaciones ley/convenio (v. al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 338-342). La reducción de los mínimos de derecho necesario, no siempre compensada con el establecimiento de otras alternativas de colaboración internormativa, hay que enmarcarla en el contexto de la legislación de la flexibilidad y, en consecuencia, aparece íntimamente conectada a la crisis del principio de favor.

<sup>727</sup> El principio de competencia, al concretarse en una redistribución de funciones normativas (sobre el tema, v. en general, CRISAFULLI, "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", RTDP-60, p. 775 ss.; ZAGREBELSKY, Il sistema costituzionale delle fonti del diritto, TORINO, 1984, p. 255 ss.; y, especialmente, VARDARO, "La redistribución de las funciones normativas de los convenios colectivos y la ley en el Derecho del Trabajo italiano en la década de los ochenta", RFDUCM-88, p. 145 ss.), encuentra su fundamento último en la existencia de una jerarquización (funcional) de intereses. La necesidad de tutelar el interés general frente al interés colectivo, explica la existencia de normas de "orden público social", es decir, imperativas para la negociación colectiva (LYON-CAËN, "Négociation collective...cit., p. 99). Por ello, para el cumplimiento de sus propios fines, la CE diseña un sistema de fuentes donde, correlativamente, se efectúa una jerarquización de poderes normativos (en este sentido, si bien desde posiciones metodológicas ordinamentalista, GARCÍA BECEDAS: "Acuerdo...cit., p. 76 ss.). En todo caso, no hay que perder de vista que tanto el principio de jerarquía como el de competencia, como instrumentos de ordenación de las fuentes formales del derecho, responden a un determinado diseño material de distribución de poderes normativos que no es atemporal ni ahistórico (un ejemplo de ello, lo proporciona los términos por los que, en épocas pretéritas, discurría el debate sobre el principio de jerarquía en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo; v. al respecto, DEL PESO Y CALVO: "La seguridad jurídica en lo laboral. Fuentes de este derecho, jerarquía, prelación y aplicabilidad", RFDUM-20/64, p. 157 ss.)



competencia en la ordenación de las diferentes materias<sup>728</sup>.

Sin abundar en el examen del alcance concreto de cada uno de estos tipos de relaciones, cuestión que ha sido objeto de una cuidada elaboración doctrinal, es oportuno constatar que para su deducción lógica no ha sido suficiente el recurso a la explícita ordenación legal contenida en el artículo 3 ET, sino que han debido ser observadas las intervenciones concretas del legislador en la regulación de las diversas materias (principalmente, en el Título I ET).

Un análisis diacrónico de esas intervenciones nos revela la línea evolutiva que ha seguido la interacción entre poder estatal y poder colectivo<sup>729</sup>, y, consecuentemente, las matizaciones que han debido hacerse a aquellas elaboraciones

---

<sup>728</sup> De esta manera, por razón de la materia, podemos encontrarnos sucesivamente configuraciones legales más o menos rígidas dentro de una banda de fluctuación perfectamente delimitada. En un extremo, aparecerán aquellas materias estrictamente sometidas al principio de jerarquía normativa (se trata de las más significativas normas de orden público social y, por ello, intangibles para la negociación colectiva), pues la ley se reserva toda la regulación posible, cerrando el paso a la intervención de la negociación colectiva y en consecuencia a todo reparto competencial posible. En estos supuestos, por tanto, la ley se configura, bien como derecho necesario absoluto, si el bloqueo a la negociación es total, bien como máximo de derecho necesario, si sólo se imponen unos topes infranqueables a la misma (GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 255 ss.). En el otro extremo, aparecerán materias que no son objeto de atención legal alguna y, en consecuencia, su regulación dependerá de que sean asumidas en el contenido de un convenio colectivo: son los supuestos de desregulación legal. Como es evidente, en ninguno de estos dos extremos tiene cabida ningún tipo de colaboración internormativa, pues no se establece reparto competencial alguno que pudiera fundamentarla. Dentro de estos márgenes, por el contrario, si son concebibles diversos grados de colaboración, caracterizados por un mayor o menor juego del principio de competencia, correlativo a un mayor o menor protagonismo del principio de jerarquía. Así se podría describir una línea descendente desde la relación de suplementariedad, donde existe una intervención efectiva de la ley en la regulación de unos mínimos materiales que aparecen indisponibles a la baja (inderogables in peius) por el convenio: la ley se configura como derecho necesario relativo; hasta la relación de supletoriedad, donde la regulación de mínimos, aún existiendo, es absolutamente disponible por el convenio. En medio nos encontraríamos con la relación de complementariedad, donde el mínimo legal hay que entenderlo referido no a una regulación específica que fuera directamente aplicable como suelo, sino a la existencia de una remisión al convenio para que se regule una determinada materia que se estima, por su naturaleza, de regulación preferente por el convenio.

<sup>729</sup> La progresiva pérdida de hegemonía del "clasico" principio de norma mínima es una buena prueba al respecto (sobre el tema, ALARCÓN CARCUEL, "Un concepto...cit., p. 47 ss.; asimismo, RODRÍGUEZ-PIÑERO/DEL REY GUANTER, "El nuevo...cit., p. 37; DE LUCA TAMAJO, "El nuevo papel de la negociación colectiva y la ley", en Relaciones Laborales...cit., p. 41 ss., RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Relaciones Laborales...", cit., p. 4.; sobre el papel de la jurisprudencia en esa evolución, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit., p. 89.

que, no obstante, gozan de plena vigencia en la actualidad. De este modo, la aplicación de aquellos esquemas doctrinales al Título I del ET arroja resultados diversos en función de si tal operación se efectúa antes o después de las últimas reformas<sup>730</sup>. El cuadro de observación, sin embargo, sigue siendo válido en términos generales<sup>731</sup>, lo que, en sí mismo, constituye una prueba irrefutable de su consistencia dogmática. Consecuentemente, la importancia relativa que, en cada momento, vayan adquiriendo unos u otros de los modos de relación codificados, será un dato básico para ponderar la labor de la ley en la redefinición de los equilibrios del sistema de fuentes<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> En este sentido, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina (por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit., p. 25 ss.) es fácilmente perceptible que la inhibición reguladora de la ley ha sido gradual, diversificándose en función de su intensidad. Así, junto a la desaparición de mínimos, como manifestación más intensa de aquella inhibición (arts. 25.1 y 2; 26.3; 35.1; 36.2 ET), nos encontramos con un incremento de las relaciones de complementariedad (arts. 15.1.a; 16; 22; 24; 31; 34.2; 39.5 ET) y de supletoriedad (arts. 14.1; 15.1.b; 25; 29.1; 34.3; 35.1; 36.2; 39.4 ET) en detrimento de las de suplementariedad (arts. 34.2; 37.1, 2 y 3; 38.1 ET) que en cierto modo, aumenta las posibilidades de desregulación, pues la inexistencia de convenio colectivo ya no contará con el suelo legal. Ello supone, por otra parte, la confirmación de una línea de tendencia ya iniciada con las primeras reformas estatutarias (v. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Acuerdos...cit., p. 288; GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 224-227, 329 y 445), caracterizada por una desaparición progresiva de los mínimos de derecho necesario. Si la presencia de estos mínimos ha sido entendida tradicionalmente como un recorte de la libertad del empresario (CARRIER, op. cit., p. 71-72), es comprensible que su retirada sea encuadrada dentro de una línea de tendencia dirigida a la "recuperación del poder del empresario" (SÁEZ LARA, "Los acuerdos...passim.)

<sup>731</sup> V., al efecto, el análisis de RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit., p. 25 ss.; asimismo, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Ley, convenios colectivos...cit., p. 46 ss.; PALOMEQUE LÓPEZ, "El nuevo reparto...cit.. alguna matización, no obstante, ha debido introducirse ante el establecimiento de alguna relación, cuyos perfiles no la hacían totalmente homologable con las ya "codificadas". Es el ejemplo del art. 11.1.b ET, referido a la duración de los contratos en prácticas, que ha sido calificado como relación de "topes mixtos u horquilla" (FUENTES RODRÍGUEZ, op. cit., p. 82). No obstante, consistiendo en la regulación por la ley de un mínimo y un máximo de duración y la remisión al convenio colectivo para que, dentro de esos límites establezca una duración determinada, bien podría integrarse dentro de las de suplementariedad. En el fondo, se trata de la estructura típica de una norma de derecho necesario relativo: el convenio podrá regular una duración distinta, siempre que se respeten los topes legales.

<sup>732</sup> Como señalan WEDDERBURN/SCIARRA ("Il contratto...cit., p. 101), no hay duda de que "la relación, siempre cambiante, entre estas dos fuentes puede ser considerado como uno de los desarrollos más interesantes de los últimos años".

### 3.2.1.2.- Las relaciones entre convenio colectivo y reglamento.

El reglamento, como fuente formal de origen estatal, supone el ejercicio de una potestad normativa que, sin embargo, estando conferida al Gobierno (art. 97 CE), se califica de "derivada" o "de segundo grado". Su configuración constitucional como norma de ejecución y desarrollo de las leyes (es bastante discutible la admisión por la CE de reglamentos independientes<sup>733</sup>), hace que, en general, tenga un limitado alcance en el conjunto del ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento laboral, ello se percibe de un modo aún más palpable<sup>734</sup>, si tenemos en cuenta el obligado repliegue que ha debido experimentar, tras la CE, la tradicionalmente desmedida intervención reglamentaria en las relaciones laborales<sup>735</sup>. Como no podía ser de otra manera, en la etapa postconstitucional se ha ido produciendo un paulatino desalojo del espacio ocupado por las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo, proceso que ha discurrido paralelo al progresiva "ocupación" por el convenio colectivo de ese espacio<sup>736</sup> que le correspondía por naturaleza. Hoy

---

<sup>733</sup> V. al respecto, DE OTTO, Derecho constitucional...cit., p. 222 ss.

<sup>734</sup> En general sobre la incidencia del reglamento en la ordenación de las relaciones laborales, v., entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Poder reglamentario y relaciones laborales", RL-12/85, p. 1 ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, "Vigencia y derogación de las ordenanzas laborales", RL-21/88, p. 16 ss.; VALDÉS DAL-RE, "La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, cit., p. 337 ss.; GARCÍA MURCIA, "La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral" CDJ(CGPJ)-93, p. 9 ss.

<sup>735</sup> GARCÍA MURCIA, art. ult. cit., p. 22. Y ello, a pesar de la sucesiva promulgación de leyes de convenios colectivos (1958 y 1973) que, por razones obvias, carecieron de virtualidad alguna para construir un verdadero sistema de normas convencionales (DURÁN LÓPEZ, "La negociación colectiva y la vigencia de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas laborales", RL-2/90, p. 7-8). Un ejemplo ilustrativo de los problemas aplicativos que ocasionaba la sobredimensionada potestad reglamentaria en RIVERO LAMAS, "El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales", RPS-87/70, p. 15 ss.

<sup>736</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "Vigencia y derogación..."cit., p. 265; DURÁN LÓPEZ, "La negociación..."cit., p. 9; asimismo, SALA FRANCO/GOERLICH PESET, "Sobre las relaciones entre reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos", PJ-10/88, p. 187 ss.

día, a pesar de la existencia de no pocos vestigios de intervención reglamentista en la ordenación sectorial de las relaciones laborales, se trata de una manifestación a extinguir, como muestra el empeño legal al efecto<sup>737</sup>.

Como consecuencia de ello, las normas reglamentarias preconstitucionales de carácter sectorial se configuran como derecho dispositivo<sup>738</sup> respecto del convenio colectivo<sup>739</sup>, y ello, provisionalmente, es decir, hasta su sustitución definitiva por un convenio idóneo<sup>740</sup> (normalmente, el de sector<sup>741</sup>). La existencia de convenio colectivo juega, a estos efectos, de excepción a la aplicabilidad de la norma reglamentaria, lo que, a sensu contrario, significa que tendrá plena vigencia en tanto esto no ocurra, vinculando

---

<sup>737</sup> Sobre las sucesivas intervenciones legales en esta dirección, GARCÍA MURCIA, art. cit., p. 32 ss. Al respecto, es destacable, en la legislación vigente, no sólo la exclusión de la de la potestad reglamentaria en la ordenación sectorial de condiciones de trabajo que se desprende del art. 3.2 ET, sino también las previsiones contenidas en la D.A. 2ª ET que, sucesivamente, han ido forzando la sustitución convencional de las Ordenanzas y Reglamentaciones aún vigentes (sobre el alcance de las diversas fórmulas contenidas en la aludida disposición, v. GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit., p. 383 ss).

<sup>738</sup> En este sentido, es preciso diferenciar con nitidez los dos tipos de relación que, simultáneamente, se establecen entre las Ordenanzas y el convenio, habida cuenta de las consecuencias prácticas que de ello se derivan. Así, junto a la relación de supletoriedad (dispositividad convencional del contenido normativo de la ordenanza, que, por ello, sólo será aplicable a falta de convenio), nos encontramos con una clara relación de subsidiariedad (la ordenanza permanece en vigor hasta tanto no haya un convenio idóneo que la derogue). Como pone de manifiesto GONZÁLEZ ORTEGA ("Vigencia y derogación...cit., p. 268 ss.), se trata de una distinción fundamental cuya inobservancia ha dado lugar a no pocos equívocos jurisprudenciales.

<sup>739</sup> Ningún atisbo de duda vemos en la jurisprudencia del TC al respecto (por todas, v. STC 151/94, de 23 de mayo).

<sup>740</sup> Sobre los requisitos para que el convenio ostente "idoneidad derogatoria", v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Vigencia y derogación...cit., p. 272.

<sup>741</sup> En la práctica, no obstante, son numerosos los supuestos de sustituciones parciales ocasionados por la "inidoneidad" de los convenios negociados que, bien por su contenido, bien por su ámbito territorial o bien por su eficacia personal, no llegaban a ser coextensos con la correspondiente ordenanza, lo que, sin duda, ha acabado aumentando los niveles de confusión en la determinación de la norma aplicable. En todo caso, parece que el convenio colectivo idóneo para derogar a la Ordenanza sólo puede ser el estatutario (GONZÁLEZ ORTEGA, "Vigencia y derogación...cit., p. 268), ya que sólo éste puede coincidir material y objetivamente con el ámbito de aplicación de la Ordenanza, y ello, sin perjuicio de las inaplicaciones parciales o totales que pueda esta sufrir por la aplicación preferente de normas convencionales de diverso alcance.

imperativamente a las relaciones individuales de trabajo<sup>742</sup>. Una interpretación que estimara posible la dispositividad de la Ordenanza también por la autonomía individual<sup>743</sup>, desconocería su naturaleza normativa y, en última instancia, haría superflua toda previsión legal al respecto<sup>744</sup>.

En definitiva, teniendo este carácter residual<sup>745</sup>, no era de prever la existencias de conflictos aplicativos que involucrasen a la fuente reglamentaria y a la colectiva<sup>746</sup>. Más bien, se reproduciría, en su caso, la conflictividad tradicional entre reglamento y ley<sup>747</sup> que, a pesar de la

---

<sup>742</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "Vigencia y derogación...cit., p. 267.

<sup>743</sup> En este sentido, DURÁN LÓPEZ, "La negociación colectiva y la vigencia...cit., p. 10.

<sup>744</sup> En efecto, si la previsión estatutaria contenida en la D.A 2ª ET tiene por objeto evitar un vacío normativo, de manera que las relaciones de trabajo estén reguladas, bien vía convenio, bien (subsidiariamente) vía ordenanza laboral, la posibilidad de una autorregulación por las partes del contrato desvinculada de la norma reglamentaria, dejaría sin sentido la previsión legal, pues es como si estuviésemos ante una ausencia absoluta de norma aplicable que es, precisamente, lo que la disposición estatutaria pretende evitar.

<sup>745</sup> Destacando este "carácter residual, marginal y subsidiario" GONZÁLEZ ORTEGA, "Vigencia y derogación...cit., p. 263; en parecidos términos, CASAS/BAYLOS/ESCUADERO, "El Estatuto...cit., p. 32. Como se ha observado, "la disposición final 1ª (se entiende, "adicional") no tiene la entidad suficiente como para sostener que en el sistema de fuentes hay que seguir contando con la fijación sectorial de condiciones de trabajo" (DURÁN LÓPEZ, "La negociación...cit., p. 9). En general, ni estas "ordenanzas de trabajo de emergencia" (DA 1ª), ni la intervención reglamentaria prevista para la extensión de convenios colectivos (art. 92.2 ET), suponen merma alguna a función reguladora del convenio colectivo. Concebidos para suplir déficits de regulación colectiva, los, por ello, llamados "reglamentos de necesidad", carecen de virtualidad para entrar en concurrencia con el convenio colectivo (VALDÉS DAL-RÉ, art. ult. cit., p. 383 ss.).

<sup>746</sup> En este sentido, sólo la pervivencia de las Ordenanzas, verdadera "ré mora" para la "modernización de las relaciones laborales" (CASAS/BAYLOS/ESCUADERO, art. cit., p. 34), podría provocar alguna distorsión a la dinámica negocial que, sin embargo, no afectaría en ningún caso a la preeminencia del convenio (DA 2ª ET).

<sup>747</sup> Un ejemplo en este sentido es el examinado en RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Ley, Ordenanza laboral y 'favor laboratoris'", RL-85 (II), p. 33 ss., donde se pone en cuestión la tradicional relación entre ley y reglamento, basada en un principio que, como el de norma mínima, es más propio de la relación ley/convenio. La usurpación del espacio convencional por el reglamento no fue obstáculo, sin embargo, para la vigencia funcional de dicho principio, ni tampoco, para su declive actual, ante la reducción de "espacios reales de mejorabilidad" (ib., p. 34). En todo caso, la relación jerárquica entre ley y reglamento, plasmada tanto en el art. 9.3 CE como en el 3.2 ET, no admitiendo lugar a dudas (GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 401), simplifica bastante la cuestión en la actualidad, habida cuenta del reajuste funcional acaecido en el sistema de fuentes laborales, lo que no evita, sin embargo, las "flagrantes violaciones" del

problematicidad que aún suscita<sup>748</sup>, se encuentra bien codificada, siendo su alcance en nuestra disciplina, relativamente más limitado<sup>749</sup>. Desde esta perspectiva, tratándose de una fuente formal de segundo grado, es decir, constitutivamente subordinada a la ley<sup>750</sup>, los potenciales conflictos entre reglamento y convenio colectivo, serían, en realidad, conflictos entre ley y convenio y, por ello, habría que reconducirlos al marco de las relaciones entre estas dos fuentes<sup>751</sup>.

---

principio de jerarquía que ha denunciado la doctrina en relación con el desarrollo reglamentario del ET (por todos, DE LA VILLA, Estudio preliminar a CARRIER, op. cit., p. 32). Resultado de ello, no parece admisible la aplicación de las reglas de suplementariedad y complementariedad a las relaciones entre ley y reglamento (VALDÉS DAL-RE, art. utl cit., p. 376 ss.).

<sup>748</sup> V. VALDÉS DAL-RE, art. ult. cit., p. 347 ss.

<sup>749</sup> En efecto, regida por el principio de jerarquía normativa, el ámbito competencial del reglamento está fuertemente predeterminado, produciéndose fricciones únicamente en los casos en que, tratándose de reserva de ley, no han quedado perfilados con la nitidez suficiente los márgenes de una eventual deslegalización (sobre el tema, v., por todos, DE OTTO, Derecho constitucional... cit., p. 226-228). En el ámbito laboral, los reenvíos legales de materias al reglamento se han ido incrementando progresivamente con las sucesivas reformas (así, en el ET, son ejemplificativos, entre otros, los contenidos en los arts. 6.2, 17, 34, 35 y 27). En general, sobre el alcance de la reserva de ley en materia laboral, v. VALDÉS DAL-RE, art. ult. cit., p. 363 ss.; asimismo, GARCÍA MURCIA, art. ult. cit., p. 27 ss.

<sup>750</sup> Por ello, su equiparación con el convenio colectivo en base a la común posición jerárquica de ambas fuentes respecto de la ley (GARCÍA MURCIA, art. cit., p. 36) es meramente circunstancial y, por tanto, sin virtualidad para poder extraer consecuencia alguna que prejuzgue la respectiva posición de cada una en el sistema de fuentes. No en vano, a diferencia del reglamento, la subordinación jerárquica del convenio a la ley, constatada en el plano aplicativo, no pone en cuestión su naturaleza de fuente "originaria", es decir, no derivada de la ley, sino con fundamento directo un poder normativo originario: la negociación colectiva como fuente material del derecho.

<sup>751</sup> De este modo, la diversa relación que, en cada caso, se establezca entre reglamento y convenio, dependerá de cómo se hayan configurado esas relaciones entre ley y convenio. Si entre la ley y el convenio se ha establecido una relación de suplementariedad (así ocurre, por ejemplo, en el caso del SMI previsto en el art. 27 ET), la relación entre reglamento y convenio reproducirá esa misma configuración (es decir, el SMI establecido reglamentariamente sea una norma de derecho necesario relativo, inderogable in peius por el convenio). Lo mismo cabría decir en el caso de que la relación fuese de supletoriedad, pues no cabría que la ley se declarase dispositiva y el reglamento imperativo. En suma, se trataría de una relación mediatizada por la ley y, como tal, regida por los criterios aplicativos concebidos para la relación entre ley y convenio. Por ello, no parece que sea posible la aplicación del principio de norma más favorable para resolver una eventual concurrencia conflictiva entre reglamento y convenio (a favor de esta posibilidad, sin embargo, GARCÍA MURCIA, art. cit., p. 37), reservado, ex art. 3.3 ET, para la relación entre normas del mismo rango (así concluye, GONZÁLEZ ORTEGA, "La retribución de las horas extraordinarias: La problemática del módulo para el cálculo de su valor", RPS-126/80, p. 287).

### **3.2.1.2.- Las relaciones entre acuerdo de empresa y normas estatales.**

Conforme se deduce de su configuración jurídica como fuente formal del derecho, no existe, en el plano aplicativo, relación directa entre el acuerdo de empresa y las normas estatales. La necesaria vinculación constitutiva del acuerdo respecto al convenio colectivo, hace que éste mediatice toda posible conexión entre la ley y el acuerdo. Como consecuencia de ello, el alcance de esta relación se reduce al plano creativo, y se concreta en las eventuales habilitaciones que la ley lleve a cabo en favor de la intervención normativa del acuerdo. Lo que, como hemos visto, no quiere decir que dicha intervención se produzca necesariamente, pues, en todo caso, la validez del acuerdo está supeditada, como consecuencia de aquella vinculación, al cumplimiento de lo previsto en el convenio al respecto<sup>752</sup>.

En definitiva, resulta obvio señalarlo, esta falta de inmediatez que caracteriza a las relaciones entre el acuerdo de empresa y la ley no significa, sin embargo, que el acuerdo pueda sustraerse a los mandatos imperativos de las disposiciones legales. Antes al contrario, la superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio supone, en última instancia, que toda vulneración del convenio por el acuerdo pueda traer consigo, simultáneamente, una violación de la ley.

### **3.2.1.3.- Las relaciones entre acuerdo interprofesional**

---

<sup>752</sup> Sobre los diversos modos en que puede concretarse tal vinculación, v. ut supra, 2.

y normas estatales<sup>753</sup>.

La privilegiada posición del acuerdo interprofesional en el sistema de fuentes convencionales, derivada fundamentalmente de la peculiar función que desempeña en la ordenación de la negociación colectiva, no podría pasar desapercibida para el legislador. De este modo, descartando los supuestos en los que la relaciones intercolaborativas entre ley y acuerdo interprofesional se sitúan fuera de los estrictos márgenes de la aplicación normativa<sup>754</sup>, se constatan algunas peculiaridades en la posición de la ley que desbordan el marco concebido para su relación con el convenio colectivo.

En este sentido, de las habilitaciones específicas que el legislador efectúa a favor de la intervención reguladora del acuerdo interprofesional<sup>755</sup>, cabría deducir un implícito reconocimiento de esa privilegiada posición en el sistema de fuentes convencionales<sup>756</sup> a efectos de configurar sus

---

<sup>753</sup> Por las razones expuestas anteriormente, sólo podrá ser objeto de estudio las relaciones entre acuerdo interprofesional y la ley. Si las relaciones entre convenio colectivo y reglamento (no sectorial) se explicaban mediatamente a través de la relación de la norma colectiva con la ley, respecto del acuerdo interprofesional la distancia se acrecienta aún más por la interposición del convenio colectivo. Por su parte, las relaciones entre ley y acuerdo interprofesional, siendo posibles, se concretan en nuestro ordenamiento en un reducido elenco de supuestos.

<sup>754</sup> Se trata de los típicos supuestos de "legislación negociada", fenómeno nada nuevo (VERDIER/LANGLOIS, "Aux confins de la théorie des sources du droit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif", DS-3/72, p. 254 ss.) y de gran aceptación en los actuales sistemas neocorporativos (v. el estudio de derecho comparado de WEDDERBURN/SCIARRA, "Il contratto collettivo como accordo e come legge...cit., p. 92 ss.), caracterizados por la asunción por la ley de todo o parte del contenido de un acuerdo interprofesional. Sin desdeñar la importancia de este tipo de prácticas, en la medida en que esta asunción es fruto de un compromiso político (DEL REY GUANTER, "Leyes de presupuestos del Estado y Acuerdos interprofesionales...cit.), su trascendencia para el estudio de los mecanismos aplicativos en el contexto del sistema de fuentes del derecho es, sin duda, bastante limitada.

<sup>755</sup> Concretamente, aparte de la genérica atribución competencial efectuada en el art. 83.2 y 3, destacan las previstas en los arts. 84, 91, DA 10ª, DT 2ª ET.

<sup>756</sup> V. infra.



relaciones recíprocas<sup>757</sup>. De este modo, y sin que ello signifique poner en duda el principio de jerarquía normativa como eje de ordenación entre normas estatales y normas convencionales, se aprecia, no obstante, la atribución de un mayor espacio competencial a los acuerdos interprofesionales respecto del convenio colectivo. La apertura de unos espacios de intervención que, sin embargo, están cerrados para el convenio, afectará, fundamentalmente, a las relaciones entre estas dos fuentes colectivas<sup>758</sup>, ya que se establece una especie de reserva competencial en favor del acuerdo interprofesional. Pero, en sí misma, supone además una diferente configuración de la ley en lo que respecta a sus relaciones con esta fuente específica. De este modo, efectuando una aplicación comparativa de los esquemas de relación típica entre normas laborales, se constata cómo aumentan los espacios de dispositividad convencional y, consecuentemente, ganan un mayor peso las relaciones de supletoriedad<sup>759</sup> y complementariedad<sup>760</sup> frente a las de

---

<sup>757</sup> Y ello, haciendo abstracción de una hipotética (y poco probable) relación entre acuerdo interprofesional y reglamento, ya que, en todo caso, no manifestaría peculiaridad alguna respecto de la ya examinada relación convenio/reglamento.

<sup>758</sup> v. infra.

<sup>759</sup> Constituyen ejemplos paradigmáticos al efecto, además del art. 84 ET (y ello a pesar de la matizaciones que hay que establecer al efecto tras la incorporación de los dos nuevos párrafos, apuntadas por MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 103 ss."), la DT 2ª ET, donde el acuerdo interprofesional se configura como "el instrumento normativo específicamente autorizado (...) para excepcionar y sustituir el sistema legal arbitrado" (en este sentido, refiriéndose a este último precepto, CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit., p. 298). Sin embargo, en lo que respecta al art. 84 ET, no parece que tras la reforma sea tan nítida esa relación de supletoriedad entre acuerdo y ley, por lo menos, en los términos que había sido entendida anteriormente. En efecto, a pesar de que la regla prior in tempore establecida en el (ahora) párrafo primero del mencionado precepto siga conservando su carácter de derecho dispositivo frente al acuerdo, el alcance de los dos nuevos párrafos añadidos atenúan la importancia de tal relación, llegando, incluso a invertir los términos de la misma: es el acuerdo el que ahora se convierte en dispositivo respecto de los previstos en la norma legal. Como señala al respecto GONZÁLEZ ORTEGA ("La reforma...cit., p. 376), ello trae consigo que "lo que en el acuerdo o convenio del artículo 83.2 se establezca puede ser ignorado por los convenios del párrafo segundo del artículo 84". De este modo, los acuerdos interprofesionales sufrirían una considerable degradación, al quedar convertidos en "reglas meramente dispositivas o de orientación de la negociación" (ib.).

suplementariedad, más propias éstas últimas de las relaciones entre ley y convenio.

### 3.3.- LAS RELACIONES ENTRE NORMAS CONVENCIONALES.

A la vista de la diversidad de productos normativos que la negociación colectiva proyecta sobre el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, los problemas aplicativos antes señalados adquieren una nueva dimensión. Ya no se trata sólo de perfilar los diversos modos de relación entre normas estatales y normas convencionales. El proceso de selección de la norma aplicable requiere, además, de principios de ordenación con capacidad para estructurar el complejo nudo de interacciones que se produce dentro del sistema de fuentes convencionales<sup>761</sup>. Ello se debe a que, reconociendo la pluralidad tipológica que integra dicho sistema, no basta ya con dilucidar las reglas que han de regir las relaciones entre convenios colectivos estatutarios de diverso ámbito (lo que, como se sabe, se concreta en el establecimiento de criterios de ordenación de la estructura de la negociación colectiva, que, propiamente, constituyen normas sobre la producción jurídica. La concurrencia del convenio colectivo, fuente típica de la negociación colectiva, con otras fuentes

---

<sup>760</sup> Así cabría calificar la relación establecida en el art. 91 ET, donde se efectúa una remisión a este tipo cualificado de norma convencional para el establecimiento de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. La asignación de efectos procesales directos a los mecanismos que se prevean de este modo (arts. 65.3 y DA 7ª LPL), suponen una ratificación de la relevancia de la remisión (CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit., p. 297-298).

<sup>761</sup> Destacando los "complejísimos problemas" planteados, GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 403. En el fondo, ello se debe a que la flexibilización del sistema de fuentes no sólo ha tenido por objeto la redefinición de las relaciones entre ley y convenio, sino que, además, ha querido incidir en una posible rigidez convencional. Para "desfondar los núcleos de rigidez de la regulación convencional", el legislador ha debido alterar las reglas del Título III ET (normas sobre la producción jurídica, v. *ut supra*), pero la potenciación de la negociación colectiva requería, también de "una reformulación de la relación del convenio con el resto de las fuentes del Derecho" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel del convenio...cit., p. 92).

que, aunque menos típicas, concurren igualmente en la función normativa genéricamente asignada a la negociación colectiva, siendo inevitable, puede provocar ciertas disonancias en el sistema negocial<sup>762</sup>, y exige, por ello, principios capaces de ordenar sus respectivas relaciones en el plano aplicativo.

La relación entre normas convencionales, pues, constituyendo uno de los puntos tradicionalmente más debatidos por la doctrina en los países que, como el nuestro, se caracterizan por la vigencia simultánea de una pluralidad de convenios colectivos<sup>763</sup>, exige nuevas propuestas

---

<sup>762</sup> En efecto, como acertadamente han puesto de relieve RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA ("Derecho legal...cit.", p. 32), "la ley asigna una complejidad de funciones a la autonomía colectiva, incluso a costa de la función normativa propia que el convenio colectivo ha venido teniendo entre nosotros".

<sup>763</sup> En efecto, a diferencia de los países en los que tradicionalmente rige el principio de "unidad de convenio", es decir, se negocia exclusivamente, bien a nivel de empresa (EEUU), bien a nivel de sector (Alemania), en éstos (Italia, Francia y España) coexisten convenios de diverso ámbito, lo que exige generalmente el establecimiento de reglas de coordinación entre ellos (MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit.", p. 13 ss.). Sin embargo, como demuestra el debate doctrinal suscitado al respecto, no se trata de una problema de fácil solución, habida cuenta de los delicados equilibrios que es preciso mantener entre las exigencias de ordenación y el respeto a la autonomía colectiva. Sobre los términos del debate en Italia, v., entre otros, los trabajos contenidos, respectivamente, en los volúmenes colectivos Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello (Atti delle giornate di studio di Arezzo), GIUFFRÉ-MILANO, 1982; y Contrattazione decentrata e rapporto di lavoro, GIUFFRÉ-MILANO, 1988; asimismo, TREMOLADA: Concorso e conflitto tra regolamenti collettivi di lavoro, CEDAM-PADOVA, 1984; RICCIARDI: La struttura della contrattazione collettiva in Italia, CLUEB-BOLOGNA, 1981; VARDARO: "Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi", cit.; GRANDI: "Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello", GDLRI-11/81, p. 355 ss.; ZANGARI: "Appunti sulla natura giuridica del contratto collettivo <<articolato>>", RDL-63, p. 25 ss. En la doctrina francesa, el tema ha sido estudiado por VACHET: Les conflits entre conventions collectives en droit français (tesis doctoral), UNIV. JEAN MOULIN-LYON, 1977; DESPAX: "La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel", DS-1/88, p. 8 ss.; también, AUBERT: Les conflits de conventions collectives de travail, NBDJ-LAUSANNE, 1957; asimismo destacan los estudios de derecho comparado llevados a cabo por ALIPRANTIS, "Conflits entre conventions collectives de niveaux différents: étude comparative", RIDC-1/87, p. 7 ss. (traducido al castellano en RL-87(II), p. 129 ss); TREU: "Centralizzazione e decentramento nella contrattazione collettiva: riflessioni comparate", GDLRI-27/85, p. 495 ss.; y SISSON: Los empresarios y la negociación colectiva. (Un estudio internacional comparado), MTSS-MADRID, 1990 (esp., p. 19 ss.). Entre nosotros, destacan los estudios de MARTÍN VALVERDE: "Concurrencia de los convenios colectivos...cit."; idem: "Estructura de la negociación colectiva...cit."; RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit."; RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La problemática estructura de la negociación colectiva", RL-86(I), p. 17 ss.; GONZÁLEZ ORTEGA: "Concurrencia y sucesión de convenios colectivos...cit."; FERNÁNDEZ LÓPEZ: "Concurrencia de negociaciones...cit."; DURÁN LÓPEZ "Sucesión de convenios y cambio de unidad de negociación", REDT-61/93, p. 673 ss.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "Funciones de los convenios colectivos de sector en la ordenación de la negociación colectiva", en Negociación colectiva y solución de conflictos...cit., p. 39 ss.; SAGARDOY BENGOCHEA: "La estructura de la negociación colectiva antes y después del Estatuto de los Trabajadores", REDT 16/83, p. 503 ss.; VALDÉS DAL-RÉ: "Crisis y continuidad...cit."; idem: "Negociación colectiva y principio de unidad de empresa", RL-17/91, p. 7 ss.; SALA FRANCO: "Estructura de la

explicativas. En nuestro país, la reforma de las reglas legales de estructura<sup>764</sup> y la proliferación actual de instrumentos de regulación colectiva da, sin duda, una nueva vuelta de tuerca al debate<sup>765</sup>.

El punto de referencia obligado para todo análisis al respecto seguirá siendo, sin embargo, el convenio colectivo, y ello, no sólo por su mayor consolidación tipológica como fuente colectiva, sino porque constituye el instrumento de mayor relieve e incidencia en la ordenación de las relaciones laborales. Su función normativa, por tanto, en tanto que define su posición relativa en el sistema de fuentes colectivas, será el dato a considerar para proceder a la ubicación de cada norma convencional en el mismo. Como veremos, de la confrontación de las respectivas funciones asignadas a cada fuente se deducirá la existencia de un diverso rango entre ellas. Se tratará, por tanto, de determinar los principios rectores de las relaciones entre fuentes convencionales de diverso rango. Antes de efectuar esta operación, sin embargo, será preciso resolver los conflictos aplicativos que pudieran suscitarse por la vigencia simultánea de convenios colectivos de diverso ámbito y eficacia personal. Ambas fases, estando íntimamente conectadas como veremos, confluyen en el proceso de ordenación global de todo el sistema de fuentes colectivas.

---

negociación colectiva", en *La negociación colectiva*, cit., p. 39 ss.; MERCADER UGUINA: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit.

<sup>764</sup> El objeto de la reforma ha sido corregir los defectos de una "petrificada" y "desarticulada" estructura negocial, debida, en parte, a la inactuación de la vía prevista en el art. 83 ET y, consiguientemente, por el dominio al respecto del art. 84 ET (GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 389 ss.). En esencia, estas modificaciones "se traducen en la incorporación del elemento territorial a la construcción de la estructura interna del ordenamiento convencional colectivo" (CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit.", p. 294). Sin embargo, como se ha afirmado (GONZÁLEZ ORTEGA, art. ult. cit., p. 393), tras reforma "se abre un panorama ciertamente algo menos rígido, pero igualmente desarticulado".

<sup>765</sup> En este sentido, poniendo de manifiesto esta "mayor complejidad en la definición de las relaciones entre las distintas fuentes convencionales de regulación", MERCADER UGUINA, op. cit., p. 235.

### 3.3.1.- Las relaciones entre normas convencionales del mismo rango.

El estudio de las relaciones entre normas convencionales del mismo rango se reducirá a la determinación de los criterios que han de regir la ordenación de las relaciones entre convenios colectivos. Ello se debe a dos razones. En primer lugar, porque el hecho de que el convenio sea el instrumento de regulación por excelencia, unido a la posibilidad de que puedan ser negociados a distintos niveles y con diverso grado de eficacia, supone que las relaciones entre este tipo de normas convencionales desplieguen una potencialidad conflictiva considerablemente mayor a cualesquiera otras. En segundo lugar, porque, respecto de las otras dos fuentes (acuerdos interprofesionales y acuerdos de empresa), no es previsible la existencia de una conflictividad horizontal que tuviera su causa en una superposición de niveles negociales<sup>766</sup>. Tampoco parece que tal conflictividad pudiera ser provocada por la existencia de acuerdos de diverso grado de eficacia. En efecto, teniendo en cuenta sus respectivas funciones normativas (no parangonables, en ningún caso, a la entidad de la que asume el convenio), no parece posible que, al menos desde una perspectiva estática, puedan describirse ordinariamente relaciones de conflicto<sup>767</sup>. Sólo cuando el dato de la

---

<sup>766</sup> Cada acuerdo tendrá acotado su propio ámbito de ordenación, sea la empresa, en un caso, sea el nivel interconfederal (estatal o autonómico), en el otro.

<sup>767</sup> Como hemos puesto de manifiesto, aunque por razones diversas, la función normativa de ambos instrumentos normativos se compagina mal con un eventual despliegue de eficacia limitada. En cada caso, por tanto, la funcionalidad del acuerdo está directamente conectada con la generalización de sus efectos en los ámbitos respectivos. La existencia de acuerdos de eficacia limitada, si bien no es descartable, no gozará de la virtualidad ordenadora del que ostente eficacia general ni, por ello, tampoco podrá afectar a la misma. Como veremos, a la hora de analizar sus relaciones desde una perspectiva dinámica, ello traerá consigo la necesidad de establecer criterios de aplicación con capacidad para efectuar una armónica ordenación de sus respectivas relaciones (v. infra, 4).

simultaneidad temporal esté ausente (es decir, en los supuestos de sucesión normativa), podría producirse una cierta conflictividad derivada, principalmente, de un excesivo automatismo en la aplicación del principio de modernidad. Pero este tipo de conflictividad corresponde a otra perspectiva analítica, la que tiene por objeto el estudio de la norma en el tiempo, y, por ello, su examen debe ser postergado al momento oportuno<sup>768</sup>.

Pasemos, por tanto, al análisis de las relaciones "típicamente" conflictivas. Para ello, habrá que desglosar los dos bloques de conflictividad potencial, ya que, no en todo caso los conflictos tienen la misma naturaleza ni, por ello, son resolubles en el mismo plano. En primer lugar, habrá que examinar los problemas que se derivan directamente de nuestro modelo legal de negociación colectiva, es decir, de la doble opción que representa el establecimiento del convenio colectivo de eficacia general, por un lado, y el principio de libre elección de la unidad de negociación, por otro. En un modelo pluralista de relaciones laborales, ello supone la existencia simultánea de una serie indeterminada de convenios colectivos de diverso ámbito, y, por ello, de una conflictividad, algo más que potencial, si no existen reglas claras de coordinación entre los diversos niveles negociadores. En segundo lugar, también derivada de nuestro modelo legal, si bien no tan directamente, aparece un diverso tipo de conflictividad: la que eventualmente puede darse entre los dos subtipos de convenios colectivos examinados, es decir, entre convenios colectivos de eficacia general y convenios colectivos de eficacia limitada.

---

<sup>768</sup> V. *infra*, 4.

### 3.3.1.1.- Las relaciones entre convenios colectivos de eficacia general.

Respecto del primer tipo de conflictividad, es claro que su examen no pertenece al plano aplicativo. La coordinación de niveles de negociación, efectuada a través de normas de ordenación de la estructura negociadora, corresponde a un estadio previo: el de la creación normativa. Como hemos visto con anterioridad, las normas de estructura no son propiamente normas de resolución de conflictos aplicativos, sino normas de prevención de los mismos<sup>769</sup>. Se sitúan, por tanto, entre las que determinan el proceso de creación de la norma convencional<sup>770</sup>, teniendo como función específica la defensa de la intangibilidad de la misma durante su vigencia<sup>771</sup>.

De este modo, y sin que ello signifique restar un ápice a la importancia que tiene la determinación de la estructura

---

<sup>769</sup> MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios...cit., p. 36; GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 405. En este sentido, como se ha señalado en relación con el art. 84 ET, estamos ante "una disposición negativa de <<no afectación>> que no puede ser leída en el sentido positivo de criterio de selección"; de este modo, "en la legislación actual el criterio selectivo se encuentra en la regla general del artículo 3º LET que establece la selección en función del tratamiento más favorable" (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 356). De este modo, la "antimonía por divergencia" dentro del ET (MARTÍN VALVERDE, art. últ. cit., p. 114), sólo sería aparente, ante la ubicación de los arts. 84 y 3 ET en dos planos distintos del sistema jurídico: respectivamente, en el creativo y en el aplicativo. La armonización de ambos preceptos en esta línea contaría, además, con el aval de la interpretación sistemática. De este modo, la inserción del art. 84 dentro del Título III ET vendría a corroborar su naturaleza de norma creativa (NSP) exclusivamente referida al tipo de convenio allí regulado. Por el contrario, el art. 3.3, situado en el contexto de una norma sobre la identificación y aplicación de las fuentes de la regulación laboral, se refiere a la relación entre las diversas normas convencionales que, en su caso, pudieran tipificarse. La paulatina diversificación de las fuentes formales de origen convencional ha venido a otorgar, por tanto, pleno significado a este precepto.

<sup>770</sup> Así, en relación al ejercicio autónomo de tal función por la propia negociación colectiva, RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit., p. 361. Para estos autores, sin perjuicio de otras funciones, "el modelo legal típico de acuerdo interprofesional es el dirigido exclusivamente a estructurar la negociación colectiva, entendida como regulación de la actividad creadora de las normas jurídicas aplicable a su vez a las relaciones individuales de trabajo" (las cursivas son nuestras).

<sup>771</sup> V. ut supra, 2.

negociadora dentro de todo sistema de negociación colectiva<sup>772</sup>, las relaciones entre convenios colectivos de eficacia general no pueden examinarse ni resolverse con criterios propios de la aplicación jurídica. Sencillamente, porque, aunque pudiera parecerlo, son relaciones que no trascienden el ámbito creativo<sup>773</sup>. En efecto, el hecho de que la prohibición de concurrencia no pueda ser interpretada como prohibición de negociación<sup>774</sup> y que, en consecuencia, haya que proceder a la indagación del contenido y voluntad

---

<sup>772</sup> Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ("Negociación colectiva y acuerdos sociales", cit., p. 292), "el tema de la estructura se refiere primordialmente al nivel en el que se negocia el convenio, el ámbito de éste, pero, a su vez, comprende temas como los de qué se negocia en cada nivel, quién toma efectivamente las decisiones a cada nivel y cómo se interrelacionan las decisiones adoptadas a cada nivel" pero "sería incorrecto, sin embargo, reducir el tema a una mera visión estática, puesto que el propio dinamismo de la negociación colectiva hace que no puedan separarse esos aspectos anatómicos de la estructura de los aspectos funcionales de la misma, es decir, del funcionamiento del sistema contractual, de las relaciones dinámicas entre los niveles y entre los actores sociales, incluidos los conflictos derivados de esas relaciones"... "la estructura de la negociación no afecta sólo a los resultados... sino que afecta a todo el funcionamiento del sistema mismo, a la distribución de poderes entre los actores sociales, al papel del poder público en ese sistema, a las relaciones formales e informales entre los diversos niveles de negociación, etc."

<sup>773</sup> De ahí que la reforma de las reglas de estructura de la negociación colectiva susciten la duda razonable sobre sí, realmente, han sido afectados sólo aspectos externos al convenio (referidos al ámbito de la aplicación jurídica) o, por el contrario, aquélla ha llegado a afectar a su propia "esencia como fuente del Derecho" (FERNÁNDEZ LÓPEZ, "El papel...cit., p. 88). La selección legal o convencional de determinadas materias para ser negociadas exclusivamente sólo en unos niveles concretos (CASAS BAAMONDE, "La estructura...cit., p. 297 ss.) no significa, sin embargo, que pueda establecerse una jerarquía entre convenios (en contra, RIVERO LAMAS, "Estructuras y contenidos...cit., p. 46, para quien "la nueva legislación rompe el carácter absoluto del principio de igualdad de rango de los convenios colectivos"; asimismo, también MERCADER UGINA, op. cit., p. 236, ha apreciado una cierta "jerarquización implícita" en la atribución exclusiva del régimen de las cláusulas de descuelgue a los convenios de sector ex art. 82.3 ET). Propiamente, se trata de un reparto competencial que se efectúa teniendo en cuenta la mayor idoneidad de determinados niveles de negociación (sector, fundamentalmente), para llevar a cabo la regulación de determinadas materias o aspectos concretos de una determinada materia (en este sentido, como apunta CASAS BAAMONDE, art. ult. cit., p. 295, asistimos a una cierta recuperación, por obra del legislador, de la vieja doctrina de las "unidades apropiadas de negociación"). Aunque, paralelamente, ello supone la exclusión de otro tipo de convenios en la regulación de la materia "reservada", lo que podría hacernos pensar en una ordenación jerárquica entre los mismos, no es posible deducir regla aplicativa alguna, toda vez que estamos situados en el plano creativo. Se trata, simplemente, de una regla de estructura, es decir, del resultado de una concreta forma de organizar el proceso de creación jurídica de un determinado instrumento normativo: el convenio colectivo de eficacia general. En este sentido, lo único destacable es el mayor relieve dado por el legislador reformista al principio de competencia en dicha organización, de lo cual es clara muestra "la regla especial de delimitación competencial" establecida en el párrafo tercero del art. 84 ET (sobre el significado de esta regla, inescindible, por su parte, de la recogida en el párrafo segundo del mismo artículo, v. MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de convenios coletivos...cit., p. 78 ss.).

<sup>774</sup> MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 68.



normativa tanto del convenio afectado como del afectante, no significa que estemos ante una operación de selección de la norma aplicable, sino de verificación del cumplimiento de las condiciones de validez del convenio afectante. En otras palabras, el artículo 84 ET no impide la negociación de convenios colectivos con proyección sobre un ámbito negocial ya ocupado por un convenio en vigor. Y ello no sólo por razones de índole constitucional, sino porque la propia configuración de la prohibición de concurrencia no lleva consigo, de forma inexorable, la imposibilidad de que una pluralidad de convenios coexistan en un mismo ámbito aplicativo. Todo dependerá del contenido de los respectivos convenios y del tipo de concurrencia de que se trate<sup>775</sup>.

En todo caso, no se trata de una mera divagación teórica. Sus consecuencias prácticas son indudables. La inobservancia de las reglas de estructura, sean autónomas (art. 83.2 ET)<sup>776</sup> o heterónomas (art. 84 ET)<sup>777</sup>, supone que el convenio no nace al mundo del derecho conforme a los mecanismos de producción normativa previstos y, por lo tanto,

---

<sup>775</sup> Sobre la determinación de las condiciones de aplicación de la prohibición de la regla general de concurrencia, v. MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 87 ss.

<sup>776</sup> La mayor o menor relevancia práctica de este tipo de reglas (v. al respecto, PÉREZ YÁÑEZ: "El marco legal de las relaciones entre convenios: sus excepciones en la negociación colectiva de 1992", en Negociación colectiva y solución de conflictos...cit., p. 71 ss.) no debe ser óbice para poner de relieve los rasgos de su teórica potencialidad ordenadora. En su caso, se trataría de uno de los déficits actuales del sistema de negociación colectiva, siendo responsabilidad de los sujetos colectivos el hecho de no haber asumido el papel constitucionalmente asignado, a pesar de la plasmación legal de cauces al efecto (críticamente, DURÁN LÓPEZ "El Estatuto...cit., p. 130-131).

<sup>777</sup> Como señala MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios...cit., p. 104), "la cláusula <<salvo pacto en contrario>> que acompaña a la regla general de concurrencia de convenios establece un reparto de competencias entre ley y autonomía colectiva que responde claramente al esquema de la supletoriedad normativa", y ello, sin perjuicio de las matizaciones que haya que efectuar al respecto a tenor de la regla especial introducida por el legislador reformista en los párrafos segundo y tercero del art. 84 ET (sobre el tema, MARTÍN VALVERDE, art. ult. cit., p. 106-107; asimismo, MERCADER UGINA, op. cit., p. 227 ss.).

nace viciado de nulidad<sup>778</sup>. Su confrontación posterior con otros convenios colectivos con los que, eventualmente, entre en conflicto, no se resuelve buscando la regla aplicativa correspondiente. No hay que olvidar que el proceso de aplicación de normas jurídicas sólo se inicia una vez constatado un presupuesto básico: la validez de las normas objeto de confrontación. Esta validez, entendida como sometimiento a las normas (imperativas) que rigen los procesos de creación jurídica establecidos, no puede predicarse de la norma convencional creada al margen de las normas de estructura y, por lo tanto, no cabe confrontación alguna en el terreno aplicativo<sup>779</sup>. El conflicto se resolvería, sin más, mediante la declaración de nulidad ex

---

<sup>778</sup> Sobre el tema, v. MERCADER UGINA, op. cit., p. 215 ss. No obstante, este autor plantea como hipótesis la validez del convenio afectante, en virtud del "principio de conversión negocial" y de "un principio no escrito de conservación de los actos colectivos", subsistiría, si bien, se vería degradado a un mero acuerdo inter partes, privado, en cualquier caso, de eficacia general" (p. 224-225). No parece, sin embargo, una solución que se cohoneste con los principios hermenéuticos aplicables a fenómenos de creación jurídica. En efecto, los procesos de negociación colectiva no son simples negocios jurídicos obligacionales que permitan la extrapolación acrítica de pautas interpretativas de índole privatista. Como hemos visto con anterioridad, el convenio colectivo de eficacia limitada respondía a un déficit de legitimación negocial para negociar convenios de eficacia general. En este sentido, el incumplimiento de los requisitos estatutarios al respecto llevaba consigo que el único convenio negociable sería el de eficacia limitada. La conexión entre la causa y su efecto devenía inmediata en estos supuestos y, consecuentemente, la conversión devenía inobjetable. Sin embargo, tal conexión no se aprecia en la vulneración de la norma prohibitiva de la concurrencia: los sujetos gozan de legitimación suficiente para que el convenio sea, conforme a su voluntad, de eficacia general, pero incumplen una norma que rige imperativamente el proceso de creación establecido. En estos casos, por tanto, la conversión sería improcedente, pues supondría una operación interpretativa que, no sólo desconocería la voluntad de las partes, sino que distorsionaría claramente la correspondencia entre poder negocial y eficacia subjetiva del convenio. Negociado conforme al quantum de legitimación legalmente exigido, la solución, en caso de que se estime posible su conversión, no sería declarar su validez como convenio de eficacia limitada, sino su nulidad parcial como convenio colectivo de eficacia general, es decir, su aplicabilidad a las relaciones no sujetas al convenio afectado, siempre y cuando, claro está, que el tipo de concurrencia lo permitiese. Como críticamente señala este autor, las soluciones judiciales que, por el contrario, optan por la "degradación" del convenio, al suplantar la voluntad de las partes, desconocerían el alcance del principio de autonomía colectiva, siendo "el horror vacui el que obliga a recurrir al innominado convenio extraestatutario para hallar la solución" (p. 226).

<sup>779</sup> El juego del principio de norma más favorable (art. 3.3 ET) quedaría, por tanto, excluido en estos supuestos. Por otra parte, de no ser así, la prohibición de concurrencia (art. 84 ET), devendría superflua (en este sentido, corroborando una consolidada línea jurisprudencial al respecto, LINARES LLORENTE, "Análisis jurisprudencial sobre la concurrencia de convenios colectivos", DL-84, p. 66).

tunc del convenio infractor<sup>780</sup>, lo que supondrá, en función del tipo de concurrencia de que se trate, bien su eliminación del ordenamiento jurídico (nulidad total), bien su pervivencia, una vez depurado (nulidad parcial)<sup>781</sup>.

### 3.3.1.2.- Las relaciones entre convenios colectivos de eficacia general y de eficacia limitada.

Distinta es, sin duda, la solución al problema de los eventuales conflictos entre convenios colectivos de eficacia general y convenios colectivos de eficacia limitada<sup>782</sup>. Sometidos respectivamente a procesos paralelos en su creación jurídica, la la autonomía tipológica de cada uno de ellos no es, sin embargo, óbice para la identidad de su función normativa. Se trata, en ambos casos, de "convenios colectivos" y, en consecuencia, despliegan su normatividad

---

<sup>780</sup> Sobre la generalización de esta posición jurisprudencial, GARCÍA-PERROTE, "La apertura al comercio los sábados por la tarde en Cantabria: el contrato de trabajo y el convenio colectivo de empresa contra el convenio sectorial", RL-7/94, p. 194-195, asimismo, LINARES LLORENTE, art. ult. cit., p. 67).

<sup>781</sup> En este sentido, destacando la idoneidad del procedimiento de oficio previsto en el art. 90.5 ET, MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 119. Por otra parte, parece que, en la mayoría de los casos, será la declaración de nulidad parcial la solución que mejor compagine los diferentes intereses en juego (sobre sus consecuencias, v., general, PÉREZ PÉREZ, "La nulidad parcial del convenio colectivo", REDT-9/82; p. 637 ss.).

<sup>782</sup> Como es obvio, no cabe entre ellos aplicar la regla prohibición de concurrencia (art. 84 ET), al tratarse de una regla de estructura (no de aplicación) prevista exclusivamente para la ordenación del proceso de creación de convenios colectivos de eficacia general (v. ut supra). De este modo, la no aplicación del artículo 84 ET a los convenios colectivos de eficacia limitada no tiene su fundamento en la falta de normatividad de estos convenios, como viene declarando la jurisprudencia (v. al respecto, LINARES LLORENTE, art. ult. cit., p. 67), sino, simplemente, en el hecho de que se trata de un mecanismo que sólo tendría virtualidad entre convenios de eficacia general. El convenio colectivo de eficacia limitada, como subtipo normativo específico, no puede compartir reglas que regulan el proceso de creación de los convenios colectivos de eficacia general y que, precisamente, han sido concebidas en atención a las exigencias que planteaba la configuración del sistema de producción de este especial tipo de convenios por el que ha optado el legislador. Por otro lado, como tipos normativos diferenciados, su relación no se lleva a cabo en el plano creativo, sino en el aplicativo.

desde la misma posición y con la misma intensidad sobre las relaciones de trabajo sometidas a su imperio. Por tanto, a pesar de configurarse como dos subtipos normativos diferenciados por su respectiva eficacia personal, no puede establecerse entre ellos relación jerárquica alguna. En otras palabras, el plus otorgado por el legislador, concretándose en una mera extensión de la eficacia subjetiva, no tiene la relevancia suficiente como para modificar la configuración horizontal (no vertical) de las relaciones entre uno y otro tipo de convenios<sup>783</sup>.

Ello no obstante, se ha constatado siempre en las construcciones doctrinales y jurisprudenciales una especie de obsesión por la necesidad de que el convenio colectivo de eficacia limitada apareciera siempre sometido al de eficacia general<sup>784</sup>. De este modo, descartando las soluciones formalistas más radicales (contractualistas, etc.) que en el peor de los casos acababan desconociendo valor jurídico alguno a la figura<sup>785</sup>, incluso en aquellas más respetuosas con el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva aparece la necesidad casi ontológica de degradar la naturaleza jurídica del este tipo de convenios<sup>786</sup>.

---

<sup>783</sup> Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO (*Eficacia general...cit.*, p. 76-77), *El efecto sustancial* de la generalización consiste "simple y llanamente" en que "el ámbito de eficacia personal del convenio es ampliado a todos los trabajadores y empresarios, y sus respectivas relaciones de trabajo comprendidos en el ámbito territorial, profesional y funcional a que el convenio afecta". En definitiva, "el acto de generalización amplía el dominio de aplicación del convenio (...) pero sin que al mismo tiempo adquiriera un rango superior al de convenio, pues en la jerarquía de fuentes sigue ocupando idéntico lugar, incluso a los convenios que afectan a su mismo ámbito de eficacia". De este modo, "la generalización no supone la derogación de los convenios que sin reunir la condición de generalizables existan en el ámbito profesional de que se trate; se tratará de una colisión de convenios solucionable por las normas generales, de concurrencia de convenios (...). Esto muestra cómo el convenio una vez generalizado sigue rigiendo como tal convenio, y no como norma estatal" (*ib.*, n. 69).

<sup>784</sup> Destacando este dato, BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo...cit.*, p. 118; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *"El papel del convenio...cit.*, p. 90.

<sup>785</sup> V. *ut supra*, Cap. III.3.

<sup>786</sup> Es el caso de aquellas construcciones que, sin llegar a efectuar una distinción clara respecto de su eficacia, no le reconocen naturaleza normativa en sentido estricto, y acaban calificando al convenio colectivo de eficacia

Este hecho, que se pone de manifiesto siempre que se llega al plano aplicativo, puesto que, en esencia, es un problema de índole aplicativa, proyecta, sin embargo, un prejuicio sobre el plano creativo consistente en la negación del carácter de fuente al convenio colectivo de eficacia limitada. Con independencia de qué sea realmente, lo importante es contar con esta negación que, de este modo, se configura como *prius* lógico que, a la postre, explicará aquella necesaria subordinación aplicativa. Ello no obstante, tales construcciones, aparte de la inversión metodológica que conllevan, no pueden superar la incoherencia que supone el intento de coonestar el reconocimiento constitucional de un poder normativo originario (negociación colectiva) y la asignación exclusiva de naturaleza normativa a aquel convenio "mediatizado" por la ley (convenio colectivo de eficacia general).

Pero aparte de esta inconsistencia teórica, los resultados prácticos no son menos insatisfactorios, pues, a la postre, la degradación del convenio colectivo de eficacia limitada provoca unos efectos claramente contraproducentes. En efecto, la necesidad de encontrarle un lugar en el ordenamiento jurídico, ante la ineludible existencia del art. 37.1 CE, ha provocado su incardinación dogmática en la recurrente teoría de las obligaciones y contratos, lo que, a la postre, ha traído consigo el perverso efecto de la desvinculación del convenio colectivo de eficacia limitada del sistema de negociación colectiva<sup>787</sup>.

---

limitada como mero "acto normativo" (VALDÉS DAL-RÉ, Configuración...cit., passim).

<sup>787</sup> Precisamente es esta desvinculación lo que hay evitar, ya que no sería concebible la existencia aislada del convenio colectivo de eficacia limitada dentro del "sistema" de negociación colectiva. Tampoco parece probable que pueda desplegar una potencial capacidad ordenadora con virtualidad suficiente para erigirse en alternativa al convenio tipo diseñado en el ET (BAYLOS GRAU, Derecho del Trabajo...cit., p. 120).

Nada de ello sería preciso si, simplemente, se le reconociera su indiscutible carácter de fuente convencional, producto formal del poder colectivo que representa la negociación colectiva.

En efecto, incardinado en el sistema de fuentes del derecho, se trataría, únicamente, de determinar sus relaciones con el resto de los productos normativos y, señaladamente, con el convenio colectivo de eficacia general. Como hemos apuntado, tratándose de una relación horizontal, las situaciones de concurrencia normativa no podrían solucionarse acudiendo al principio jerárquico. Pero tratándose de un subtipo normativo distinto al convenio de eficacia general, tampoco puede ser aplicadas las reglas, autónomas o heterónomas, de concurrencia<sup>788</sup>, ni las de sucesión normativa<sup>789</sup>. La solución la encontramos en el propio ET, pero fuera del Título III: en concreto, en el artículo 3.3 ET. El principio de norma más favorable se erige así en el criterio de resolución de situaciones de conflictividad aplicativa, no sólo entre uno y otro tipo de convenios<sup>790</sup>, sino también entre los de eficacia limitada

---

<sup>788</sup> En este sentido, entre otros, MERCADER UGINA, op. cit., p. 344-345. Sin embargo, para MARTÍN VALVERDE, principal defensor en su día de esta solución (de general aceptación en doctrina y jurisprudencia), la atenuación del rigor de la regulación precedente tras la reforma justificaría la aplicabilidad del art. 84 ET también a los convenios colectivos extraestatutarios (sobre los argumentos que fundamentan este cambio de criterio, v. "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 97 ss.)

<sup>789</sup> Los convenios colectivos de eficacia general y de eficacia limitada "no se novan entre sí, sino que concurren" (SALA FRANCO, "Los convenios colectivos...cit., p. 75).

<sup>790</sup> A favor de esta solución se han manifestado, entre otros, SALA FRANCO, "Los convenios...cit., p. 27-28; GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 407; VALDÉS DAL-RÉ, Configuración y eficacia...cit., p. 101. Esa solución, sin embargo, sólo sería factible si partimos de un presupuesto insoslayable: la naturaleza normativa del convenio colectivo de eficacia limitada. De lo contrario, es decir, si lo calificamos como contrato, no sería aplicable el 3.3 ET, sino el 3.1.c y 3.5 ET (SALA FRANCO, *ib.*; GARCÍA-PERROTE, *ib.*; MERCADER UGINA, op. cit., p. 346). Lo que, al mismo tiempo, significa reconocer al art. 3.3 ET su verdadero sentido, pues de otra forma no se entendería la referencia a las relaciones entre "normas pactadas", una vez constatada por la doctrina (por todos, GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 434) su improcedencia para regular las relaciones entre ley y convenio.

entre sí<sup>791</sup>. Ello significa, en última instancia, que el convenio colectivo de eficacia limitada, concurriendo válidamente con el convenio colectivo de eficacia general en la ordenación de un determinando ámbito de las relaciones de trabajo<sup>792</sup>, sólo será aplicable, sin embargo, si mejora lo dispuesto en este último<sup>793</sup>, de lo contrario su aplicación íntegra quedaría excluida<sup>794</sup>.

Por otra parte, esta solución sería extrapolable a todos los supuestos en los que eventualmente existiera una confrontación entre normas convencionales de eficacia general y de eficacia limitada, si bien, a la vista de la configuración jurídico-funcional de las otras fuentes

---

<sup>791</sup> En este sentido, GARCÍA-PERROTE, op. cit., p. 407-408, si bien señalando, asimismo, la cautela del condicionamiento al respecto de la calificación jurídica que, en su caso, se le confiera a este tipo de convenios (con igual cautela, MERCADER UGINA, op. cit., p. 349).

<sup>792</sup> Lo que no siempre sería posible de entender aplicable la regla del art. 84 ET a sus relaciones, pues, como hemos visto, una divergencia conflictiva de contenidos provocaría la nulidad, total o parcial del convenio afectante. La aplicación del art. 3.3 ET salva la validez de ambas normas que, al traer causa de procesos creativos diferentes, no puede resultar afectada por una confrontación de las mismas en el plano aplicativo. El principio de norma más favorable tiene como única consecuencia la postergación aplicativa de la que lo es menos.

<sup>793</sup> Problema distinto sería determinar los criterios para efectuar esta valoración, labor que, como ha venido sucediendo, ha de corresponder a los tribunales a través del adecuado precesamiento de la práctica acumulada.

<sup>794</sup> Por otra parte, esta es la solución generalizada en la jurisprudencia ordinaria, lo que no deja de resultar paradójico, si tenemos en cuenta los presupuestos contractualistas de los que parte (en este sentido, MERCADER UGINA, op. cit., p. 346-347). Por tanto, la inaplicabilidad del convenio colectivo de eficacia limitada menos favorable se explica, precisamente, por empeorar lo dispuesto en el convenio colectivo de eficacia general (vulnerando, por tanto el art. 3.3 ET). De este modo, a pesar de la crisis actual del principio de favor, debida, principalmente, a los reequilibrios acaecidos en el sistema de fuentes (FERRARO: Autonomia e poteri nel diritto del lavoro, CEDAM-PADOVA, 1992, p. 39 ss.), no hay que obviar su carácter de principio constitutivo del Derecho del Trabajo y, en consecuencia, su vigencia tradicional (RODRÍGUEZ-PIÑERO, "El principio de norma más favorable y las reglamentaciones de trabajo", RPS-53/62, p. 236) y actual como peculiar principio aplicativo en el ordenamiento laboral (ALARCÓN CARACUEL: "La vigencia del principio <<pro operario>>", en Cuestiones actuales... cit., p. 840., en el mismo sentido, CHALARON: "L'application de la disposition la plus favorable" en Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. Lyon-Caen, DALLOZ-PARIS, 1989, p. 243). Su idoneidad para regir las relaciones entre normas colectivas del mismo rango, está fuera de toda duda, evitando, de paso, las disfuncionalidades que pudieran producirse en la dinámica negocial. Problema distinto será el establecimiento de criterios específicos de comparación (sobre las diversas soluciones posibles al respecto, CHEVILLARD, "La notion de disposition plus favorable", DS-4/93, p. 363 ss.), lo que, en ningún caso, debe limitar el alcance del principio.

contempladas, no es probable la existencia de este tipo de conflictividad, tratándose, por tanto, de una hipótesis de laboratorio.

### 3.3.2.- Las relaciones entre normas convencionales de diverso rango.

En nuestro país, sin perjuicio del mayor o menor grado de inhibición de los sujetos colectivos al respecto, ha sido el legislador el que ha adoptado un papel activo en la potenciación de esas vías de negociación, más o menos, alternativas o yuxtapuestas al convenio colectivo. El impulso otorgado a los acuerdos de empresa en las últimas reformas constituye un ejemplo paradigmático al respecto. Pero no menos ilustrativo resulta el modo en que se ha efectuado esta concreta manifestación de la confesada, y tan alardeada, línea de política legislativa tendente a dar mayor relevancia a la fuente colectiva en la ordenación de las relaciones laborales. En efecto, la ausencia de claridad en la definición funcional de estos instrumentos en el contexto del sistema de fuentes<sup>795</sup>, ha aumentado considerablemente los índices de confusionismo ya existentes, tanto en lo que se refiere a la naturaleza y eficacia de los mismos, como en lo que respecta a los principios que rigen su interacción con las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico-

---

<sup>795</sup> Como apuntan RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA (*"Derecho legal...cit., p. 32)*, "la reforma no ha hecho una clara selección del instrumento convencional que haya de operar en cada caso, ni tampoco del papel que el pacto colectivo haya de cumplir. En cambio, asigna tareas, de manera desigual y carente de un criterio claro, unas veces al convenio sectorial, otras a cualquier tipo de convenio, otras veces a simples acuerdos o pactos de empresa. La relevancia de las materias, el grado de transferencia a la autonomía colectiva, el papel residual de la ley y el margen con que la negociación colectiva puede regularlas deberían haber llevado a una atribución más sistematizada y con una mayor coherencia interna".



laboral<sup>796</sup>.

La necesidad de ordenar este complejo panorama deviene, por tanto, tarea inexcusable, ya que, es la propia funcionalidad de la negociación colectiva lo que está en juego. En este sentido, la introducción de criterios de ordenación en el sistema de fuentes convencionales, lejos de suponer una constricción a la libre autonormación incompatible con el principio de autonomía colectiva, constituye el único modo de garantizar la virtualidad ordenadora conferida constitucionalmente al mismo. Por ello, sin perjuicio de que esta ordenación pudiese ser llevada a cabo por los propios sujetos colectivos (lo que, sin duda sería más aconsejable), no es posible desdeñar la oportunidad de una intervención legal en este sentido que, por su carácter promocional, quedaría enmarcada plenamente dentro de los límites funcionales establecidos al efecto en la CE.

Como punto de partida para llevar a cabo la aludida ordenación, habrá que tener en cuenta la estructura interna de cada fuente convencional, lo que ha habido quedado definido en el plano creativo. Teniendo en cuenta que la determinación de su autonomía tipológica se efectuó partiendo de las funciones que respectivamente desempeñaban en el conjunto del sistema, lo que no era intrascendente para la definición de su estructura (sujetos y contenido), ni, en consecuencia, para la integración del régimen jurídico de sus procesos creativos, será la función, el criterio de ordenación a utilizar. En definitiva, se trata de desarrollar con coherencia la ineludible correspondencia entre el plano

---

<sup>796</sup> Como señala GONZÁLEZ ORTEGA ("La reforma...cit., p. 342), "es indudable que la nueva regulación va a provocar un fenómeno de dispersión normativa, no garantizando una mínima homogeneidad de tratamiento; no ya porque la ley no lo haga, sino porque ni siquiera el convenio podrá realizarlo en razón del mecanismo de disposición sucesiva de derechos (de la ley al convenio, de éste al pacto de empresa y, finalmente, de éste al contrato individual o a la decisión empresarial) que la reforma va a permitir a partir de ahora".

creativo y el plano aplicativo. Si en el plano creativo fue la función normativa el principal elemento de tipificación de cada fuente convencional, en el plano aplicativo la ordenación de las fuentes debe cohonestarse con la función que respectivamente las define. No en vano, la ordenación del sistema de fuentes no es otra cosa que la distribución de funciones normativas<sup>797</sup>.

Por ello, si partimos de la base de que la definición funcional del resto de las fuentes se hacía tomando como referencia la función normativa del convenio colectivo, no sorprenderá que la configuración de las relaciones aplicativas en el sistema formal de fuentes convencionales sea, asimismo, referencial, es decir, haya que efectuarla desde la posición ocupada por el convenio colectivo en dicho sistema. En consecuencia, nuestra exposición se desglosará sucesivamente en el análisis de su relación con el acuerdo interprofesional, por un lado, y, con el acuerdo de empresa, por otro<sup>798</sup>. Las relaciones entre estos dos tipos de acuerdos se explicarán, por tanto, mediante sus respectivas relaciones con el convenio, cuya necesaria mediación impedirá que aquéllas sean directas, y ello, sin perjuicio de las habilitaciones directas que, en el plano creativo, pueda el

---

<sup>797</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Derecho legal...cit.", p. 32.

<sup>798</sup> La exclusión del acuerdo de fin de conflicto de este esquema analítico no debe entenderse en detrimento de su indiscutible calidad de fuente del derecho ni, por ende, de su capacidad para incidir normativamente sobre las relaciones laborales. Se debe, únicamente, a su peculiar posición en el sistema de fuentes derivada directamente de la, no menos característica, función normativa que lo define. En efecto, como se puso de manifiesto en su momento, el acuerdo fin de conflicto no se configuraba como un instrumento ordinario para la regular ordenación de las relaciones de trabajo. Antes al contrario, se caracterizaba por su excepcionalidad en el contexto de la dinámica negocial y, correlativamente, por su provisionalidad, en la medida en que, tarde o temprano, su contenido sería absorbido por un convenio colectivo, en tanto que instrumento normativo (éste sí) de regulación ordinaria de las relaciones de trabajo. Por ello, carece de sentido establecer la serie de relaciones que podría entablarse entre el acuerdo de fin de conflicto y el resto de las fuentes formales, y ello no sólo por la consustancial asimetría de las mismas, pues, en cada caso, dependerán del ámbito del conflicto, sino porque, en última instancia, será una relación con vocación de precluir. El acuerdo fin de conflicto impondrá una "norma de urgencia" que, en tanto expresión de la negociación colectiva, tendrá plena eficacia en su ámbito, pero que, en breve plazo, acabará convirtiéndose en una norma ordinaria al acabar integrada en un convenio colectivo.

acuerdo interprofesional efectuar en favor de la intervención normativa del acuerdo de empresa.

### 3.3.2.1.- Las relaciones entre convenio colectivo y acuerdo interprofesional.

Como fuente colectiva, el acuerdo interprofesional se caracterizaba por el cualificado nivel de poder negociador que integraba, plasmado en las exigencias de representatividad que contenían las garantías subjetivas que configuraban su proceso de creación normativa. Este dato que, en sí mismo, justificaría un superior rango jerárquico del acuerdo interprofesional sobre el resto de los productos convencionales, no es otra cosa que la consecuencia necesaria de la función normativa que este tipo de normas tiene encomendada en el conjunto del sistema de negociación colectiva. De este modo, consistiendo esta función en la ordenación y gobierno del propio sistema, las garantías subjetivas (legitimación) y las materiales (contenido), constituían el reflejo inmediato de las exigencias planteadas por la proyección de tan cualificada función sobre la estructura de la norma.

En el plano aplicativo, la norma ya creada conforme a las mencionadas exigencias adquiere una posición privilegiada: el poder negociador que encarna, el contenido que la caracteriza y, sobre todo, la función que la define, fundamentan su superioridad de rango frente al convenio colectivo y, en consecuencia, sobre el resto de las normas convencionales<sup>799</sup>. En consecuencia, esta superioridad se

---

<sup>799</sup> En efecto, la especial posición ocupada en nuestro sistema de fuentes colectivas por el convenio colectivo de eficacia general, trae consigo que el sometimiento jerárquico del convenio colectivo al acuerdo interprofesional otorgue a éste la posibilidad de constituir el instrumento de organización (autoorganización) de todo el sistema de negociación colectiva, haciendo efectiva, en consecuencia, la función que lo define. De este modo, tanto el

deduce directamente del art. 83 ET<sup>800</sup> y se explica por el mayor poder negociador que exige la función encomendada<sup>801</sup>.

La aplicación del principio de jerarquía normativa entre acuerdo interprofesional y convenio colectivo se llevaría a cabo en los mismo términos que entre ley y convenio. El sometimiento del convenio a los mandatos imperativos contenidos en el acuerdo no es sólo directo, sino también inmediato, es decir, sin necesidad de esperar a que el convenio colectivo perdiera su vigencia. Sólo garantizando estos efectos, el acuerdo lograría la efectividad suficiente para el cabal cumplimiento de su función.

Sin embargo, alguna matización hay que hacer al respecto en función del contenido de que se trate. Así, la solución propuesta sería inobjetable si se hacemos referencia a contenidos de naturaleza sustantiva, es decir, si se tratase de la regulación de materias concretas. Si por el contrario, se tratara de contenido adjetivo, dirigido directamente a la ordenación de la estructura de la negociación colectiva a

---

convenio colectivo de eficacia limitada, que no puede derogar *in peius* al de eficacia general (v. *ut supra*), como el acuerdo de empresa, que está sometido jerárquicamente al convenio colectivo (v. *infra*), se encuentran en una posición de vinculación, mediata pero evidente, al acuerdo interprofesional (en contra de la vinculación de los convenios colectivos de eficacia limitada, sin embargo, PÉREZ DE LOS COBOS, "Los pactos...cit.", p. 25, n. 36, para el cual, no hay duda de que "en vía extraestatutaria podría eludirse lo establecido en un acuerdo o convenio marco ex artículo 83", derivándose de ello únicamente "responsabilidades contractuales").

<sup>800</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit.", p. 257 y 363. Favorable, también, a esta solución parece mostrarse ALARCÓN CARACUEL, "Un concepto...cit.", p. 59-60.

<sup>801</sup> Por ello, a pesar de que la reforma del artículo 84 ET ponga en cuestión la superioridad del acuerdo interprofesional sobre el convenio colectivo (especialmente, sobre el de ámbito supraempresarial), habida cuenta de la inversión practicada por la reforma de la relación de supletoriedad entre los arts. 83 y 84 ET (v., al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, "La reforma...cit.", p. 375-376 y 393), es preciso defender una interpretación correctora de la letra de la ley que esté más acorde con la funcionalidad asignada a este instrumento, en particular, y a la negociación colectiva, en general. No en vano, como hemos visto, el acuerdo interprofesional es un cauce de gobierno autónomo de las relaciones laborales, en plena consonancia con el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como fuente del derecho. Como acertadamente apuntan RODRÍGUEZ-PIÑERO/DEL REY GUANTER ("El nuevo papel...cit.", p. 28), "lo que la Constitución reconoce es el derecho de los interlocutores sociales a desarrollar -con las posibles, probables y necesarias interferencias de la normativa estatal- una regulación autónoma de sus relaciones".

través del establecimiento de reglas, tanto de coordinación entre los diversos niveles negociales, como de distribución competencias normativas entre ellos, sería más lógico que los convenios colectivos afectados quedaran incólumes hasta el fin de su vigencia<sup>802</sup>. Otra solución provocaría evidentes disfuncionalidades en la dinámica negocial que, por otra parte, carecerían de justificación pues, en ningún caso ello significaría poner en cuestión la imperatividad del mandato contenido en el acuerdo, sino, por la propia naturaleza de su contenido, sólo su inmediatez. Para evitar una conflictividad innecesaria, lo normal es que sea el propio acuerdo interprofesional el que disponga sobre su aplicación, discriminando aquellos contenidos que tendrán eficacia inmediata de aquellos otros que, necesariamente, deban someterse a un período de aplicación sucesiva, desplegando paulatinamente toda su eficacia.

Por lo demás, resulta plenamente factible que, como ocurriría con la ley, se establezcan por el acuerdo relaciones de colaboración internormativa<sup>803</sup> respecto de determinadas materias, tomando como "colaborador" a cualquier convenio, o bien sólo los de un determinado nivel. En última instancia, se trataría de un modo específico de cumplimiento de su función organizadora de la estructura de la negociación colectiva.

### 3.3.2.1.- Las relaciones entre convenio colectivo y acuerdo de empresa.

---

<sup>802</sup> Planteando esta solución, si bien ante el hecho de posibles situaciones de conflicto entre acuerdos interprofesionales y convenios supraempresariales negociados conforme a las nuevas reglas del art. 84.3 ET, MERCADER UGINA, op. cit., p. 233.

<sup>803</sup> No en vano, la relación ordinaria entre acuerdo y convenio sería la de "concurso convergente", reduciéndose la actuación directa del principio de jerarquía a los supuestos en que ese concurso deviniera, excepcionalmente, conflictivo (RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA, "Acuerdos...cit.", p. 369).

Uno de los problemas más importantes que ha traído consigo el auge de los acuerdos de empresa tras las últimas reformas ha sido, precisamente, el de establecer sus relaciones con el convenio colectivo<sup>804</sup>. Para su estudio, sin embargo, hay que partir de la función normativa asignada a cada una de las dos fuentes, dato que, como hemos visto, informaba decisivamente sus respectivos procesos de creación normativa<sup>805</sup>.

En el plano creativo, el acuerdo de empresa se caracterizaba por su subordinación constitutiva al convenio colectivo<sup>806</sup>. Esta subordinación se traducía en la imposibilidad de que el acuerdo naciera al mundo del derecho desvinculado del convenio colectivo de referencia (el aplicable en dicho ámbito), y ello, con independencia de que el título habilitante de su intervención normativa tuviese fundamento legal o convencional<sup>807</sup>. La necesaria vinculación del acuerdo de empresa al convenio colectivo y, por extensión, al sistema de negociación colectiva en su conjunto, conllevaba que, además de la habilitación, se precisara el placet del convenio colectivo aplicable. Dicha aprobación, sin embargo, sólo requería manifestación expresa

---

<sup>804</sup> El problema, sin embargo, no es nuevo en derecho comparado, donde el debate doctrinal al respecto ha sido significativo. Así, entre otros, v. DESPAX: "La place...cit."; OLLIER: "L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise", DS-11/82; p. 680 ss. RODIERE: "Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle. Négociation indépendante, subordonnée, <<articulée>> ?", DS-11/82; p. 711 ss.

<sup>805</sup> Y por ello, haciendo abstracción de la eficacia subjetiva que eventualmente puedan desplegar tanto el convenio como el acuerdo que, a efectos de ordenar sus relaciones como tipos normativos, constituye un dato irrelevante. Como hemos visto, este dato sólo es relevante desde una perspectiva horizontal, es decir, en la relación entre normas del mismo rango, cuya ordenación gira en torno del principio de norma más favorable (v. ut supra).

<sup>806</sup> La referencia al "convenio colectivo" hay que entenderla comprensiva tanto del convenio colectivo de eficacia general como de eficacia limitada, pues el diferente alcance subjetivo es irrelevante a efectos de su relación con el acuerdo de empresa.

<sup>807</sup> Como veíamos, la habilitación constituía una condición necesaria pero no suficiente en el proceso de creación jurídica del acuerdo de empresa.

en el supuesto de que el acuerdo tuviese por objeto la derogación de los mínimos de derecho necesario previstos en el convenio<sup>808</sup> (era el caso de los acuerdos "derogatorios" o de "descuelgue"). Por el contrario, no se precisaba tal explicitud y, en consecuencia, se entendía tácitamente concedida, cuando se trataba de acuerdos que tenían por objeto, bien, mejorar lo dispuesto en el convenio colectivo (acuerdos "mejorativos"), bien regular una materia no prevista en él (acuerdos "subsidiarios" o "defectivos").

De este modo, la función normativa de los acuerdos de empresa, consistente en la regulación puntual de materias que requerían la toma en consideración de las peculiaridades y circunstancias concurrentes en el seno una determinada empresa o unidad productiva, encontraba como límite, ya en el plano creativo, la necesidad de que esta función no se desarrollara desvinculada del sistema de negociación colectiva.

En el plano aplicativo, ello se va a traducir en el establecimiento del principio de jerarquía normativa como criterio de resolución de posibles conflictos entre acuerdos

---

<sup>808</sup> En caso de concurrencia normativa (no conflictiva) entre un convenio de eficacia general y otro u otros de eficacia limitada, es obvio que los mínimos de referencia hay que buscarlos en el primero que, a la postre, consituirá el último reducto inderogable de regulación colectiva. En consecuencia, los convenios colectivos de eficacia limitada, aún pudiendo establecer habilitaciones para la intervención de los acuerdos de empresa, encontrarán un límite insoslayable en aquellos mínimos que sólo podrán ser objeto de disposición por parte del propio convenio de eficacia general, mediante la correspondiente habilitación en favor de un acuerdo derogatorio. De ello se deduce que, en tales supuestos, el convenio colectivo de eficacia limitada sólo podrá efectuar habilitaciones en favor de acuerdos de empresa mejorativos o subsidiarios. Por otra parte, el acuerdo de empresa así obtenido, no deberá ser necesariamente de eficacia limitada, al ser un dato (el de la extensión subjetiva de su eficacia) directamente conectado al cumplimiento o no de las exigencias de legitimación precisas en cada caso. Como hemos apuntado, sin embargo, por la propia naturaleza y función de los acuerdos de empresa, lo normal es que desplieguen eficacia general.

de empresa y convenios colectivos<sup>809</sup>. La subordinación constitutiva en el plano creativo encuentra, pues, en el plano aplicativo, su correspondencia en el sometimiento jerárquico del acuerdo al convenio. De este modo, verificado el cumplimiento de las normas que regulan su proceso de creación jurídica, el acuerdo es una norma válidamente producida. Como tal concurre con el resto de las normas convencionales en la ordenación de las relaciones laborales sometidas a su imperio. Será entonces, en el plano aplicativo, donde se producirá su confrontación con el convenio colectivo y donde, en el caso de que se tratara de una concurrencia conflictiva, habría que aplicar el principio de jerarquía normativa como criterio de solución. En consecuencia, las cláusulas del acuerdo que contravengan lo dispuesto en el convenio sería eliminadas y sustituidas por la regulación convencional, y ello, sin perjuicio de que el acuerdo de empresa sea anterior o posterior al convenio colectiva. En definitiva, como ocurre con la relación ley/convenio, el principio de jerarquía normativa impone la regulación imperativa de la norma superior de manera directa e inmediata sin más matizaciones que las que disponga, en su caso, el convenio colectivo<sup>810</sup>.

---

<sup>809</sup> Esta solución fue ya apuntada con anterioridad a la reforma, si bien, referida al supuesto contemplado en el art. 41 ET (así, GONZÁLEZ ORTEGA, "Poder de dirección...cit., p. 57). Con posterioridad a la reforma, ha habido pronunciamientos expresos, si bien, a veces, sólo limitados a los llamados "acuerdos subsidiarios" (ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Unidad...cit., p. 185; también advierte "una cierta relación jerárquica", MERCADER UGINA, op. cit., p. 238, si bien, al parecer, igualmente circunscrita a este tipo concreto de acuerdos de empresa caracterizados por mantener con el convenio "relaciones de subsidiariedad" (ib., p. 355). Sin embargo, para FERNÁNDEZ LÓPEZ ("El papel del convenio...cit., p. 95), también en relación con este tipo de acuerdos, "propiamente, no existe una jerarquización de fuentes entre Convenio y acuerdo".

<sup>810</sup> Trantándose de normas de diferente rango jerárquico, no cabe el juego del principio de norma más favorable, como postula algún sector doctrinal (entre otros, OJEDA AVILÉS, "Delimitación...cit., p. 264-265). En todo caso, podrían establecerse por el convenio relaciones, bien de complementariedad (configurándose como norma mínima o derecho necesario relativo), bien de complementariedad o supletoriedad.



### 3.4.- LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONVENCIONALES EN EL TIEMPO.

El estudio de la aplicación de las normas convencionales quedaría incompleto sin una referencia al juego del factor tiempo en sus relaciones. En efecto, hemos visto cómo desde un punto de vista sincrónico, el examen de estas relaciones nos ha revelado la posición relativa de cada una de ellas en el sistema de fuentes. Pero, para ser útil, dicho examen debe completarse necesariamente, desde una perspectiva diacrónica, con el análisis de esas relaciones en el tiempo<sup>811</sup>. Sólo así, combinando el análisis estático con el dinámico, será posible tener una visión integrada de las peculiaridades que rodean a la aplicación de las normas convencionales<sup>812</sup>.

En general, en la determinación de la norma aplicable no puede prescindirse del dato, tan evidente como importante, de que el proceso de creación normativa es esencialmente continuo. La correspondencia entre cambio social y cambio jurídico, siendo imprescindible para la propia funcionalidad del derecho en tanto que instrumento de ordenación de la realidad, impone su renovación constante. Corresponde, por

---

<sup>811</sup> No hay que olvidar que, en lo que se refiere a las relaciones entre normas convencionales, nuestro sistema de negociación colectiva se enmarca en un modelo estático, caracterizado, fundamentalmente, por el cierre temporal de los procesos negociadores, es decir, por la exclusión de la negociación continua (resaltando este rasgo, esencial tanto en el momento creativo como en el aplicativo, GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia y sucesión...cit., p. 188-189; RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La aplicación...cit., p. 20).

<sup>812</sup> Ello no obstante, como veremos, la introducción del factor tiempo no altera el modo en que han quedado fijadas las relaciones entre las diversas normas dentro del sistema de fuentes. Antes al contrario, la sucesión de normas laborales estará esencialmente condicionada por el esquema resultante del análisis estático. Quizás ello explique la escasa atención doctrinal sobre el tema (un resumen al respecto en MERCADER UGINA, op. cit., p. 302 ss.) que, sin embargo, no está exento de una problemática específica.

tanto, al propio ordenamiento la incorporación de principios aplicativos que favorezcan la sucesión de las normas jurídicas que, de este modo, constituye el medio a través del cual el ordenamiento se renueva con el fin de adaptarse a las exigencias que demandan los cambios sociales.

Tratándose de normas convencionales, en las que la temporalidad forma parte de la propia estructura normativa<sup>813</sup>, no podría obviarse este hecho. Antes al contrario, la sucesión de regulaciones colectivas viene impuesta por el especial dinamismo que caracteriza a las relaciones de trabajo, dato que, unido a la especificidad de sus contenidos normativos, trae consigo que el proceso de "envejecimiento" de las normas creadas sea más acelerado que en cualquier otro sector de ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de que los procesos de renovación normativa deban contar con una especial agilidad, principalmente concretada en el favorecimiento de la sucesión entre los diversos tipos de normas.

En este sentido, parece que la actuación del principio de modernidad o de orden normativo, en tanto que rector del cambio jurídico, tendría aquí, en el ámbito de la aplicación de las normas convencionales, un campo especialmente abonado<sup>814</sup>. La necesaria sustitución de la regla anterior quedaría, así, plenamente garantizada por este principio que, además, evitaría el inconveniente de la prolongación en el tiempo de regulaciones desfasadas, favoreciendo, en definitiva, la deseable evolución normativa en la ordenación de una realidad caracterizada, precisamente, por su especial

---

<sup>813</sup> En general, sobre el tema, v. GONZÁLEZ ORTEGA, La dimensión temporal... cit. *passim*.

<sup>814</sup> Como ha sido puesto de manifiesto, parece que "este criterio se adecúa más exactamente a las exigencias de la propia dinámica laboral, esto es, modernidad, adaptación a la coyuntura económica e incluso -aunque pueda parecer inicialmente sorprendente- protección al trabajador" (MERCADER UGINA, op. cit., p. 303).

dinamismo.

Ello no obstante, la aplicabilidad de este principio en derecho del trabajo ha sido bastante limitada. En primer lugar, por el genérico límite que impone el principio de irretroactividad (9.3 CE) que, sin ser absoluto, pues se matizaba con una retroactividad atenuada ("in mitius"), exigía el respeto pro futuro a los derechos que traían causa de la anterior regulación. La combinación entre este respeto y la renovación jurídica ha provocado que la aplicación del principio de modernidad estuviera supeditada al modo en que, en cada momento, iban quedando equilibrados ambos factores. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico, la intervención del legislador al efecto (necesaria, por otra parte<sup>815</sup>) ha consistido en la modulación del alcance del principio en la sucesión de convenios colectivos. En la actualidad, tras la reforma operada en los artículos 84 y 86 ET, se percibe, no obstante, una clara intención legislativa por conferirle un importante impulso<sup>816</sup>, si bien, especialmente concretado en el plano de la intensidad de sus efectos.

Sin embargo, el obstáculo más importante a la aplicabilidad del principio de modernidad en el sistema de fuentes laborales va a provenir de su propia configuración como principio aplicativo. En efecto, dicho principio parte del presupuesto de la existencia de una misma voluntad normativa, lo que significa que su virtualidad aplicativa quede reducida a la ordenación de la sucesión de normas que

---

<sup>815</sup> MERCADER UGINA, op. cit., p. 304.

<sup>816</sup> En efecto, si bien es cierto que la reforma del artículo 86 ET ha intensificado el alcance derogatorio del convenio posterior, sus efectos quedaría circunscritos a los supuestos de renovación convencional dentro del mismo nivel negociador. Sólo la simultánea reforma del art. 84 ET, relajando de forma considerable la prohibición de concurrencia (v. ut supra, 2), multiplica la fuerza derogatoria del convenio posterior y, consecuentemente, el alcance del principio de modernidad en nuestro sistema convencional.

proviene, no sólo, genéricamente, del mismo poder normativo, sino, más en concreto, de la mismos sujetos productores. Ello quiere decir, por tanto, que su aplicabilidad se limita, en su caso, a la sucesión de normas del mismo rango jerárquico, y no siempre, pues, además, es preciso que exista una identidad entre las respectivas voluntades normativas. Como se puede apreciar, este último dato es especialmente relevante para el derecho convencional del trabajo que, precisamente, se va a caracterizar por la diversidad de voluntades normativas concurrentes, lo que reducirá considerablemente el juego del mencionado principio aplicativo<sup>817</sup>, supeditado, en última instancia, a la exclusión de otros principios de actuación preferente, y, de forma señalada, del principio de jerarquía normativa.

En definitiva, es preciso, por tanto, partir de la configuración (estática) de las relaciones entre las diversas normas en el sistema de fuentes convencionales. Sólo trayendo a colación este diseño podrá constatarse cuáles son las pautas que deben regir la aplicación en el tiempo de las diversas normas laborales y, asimismo, los supuestos en los que, residualmente, tendrá cabida una actuación del principio de modernidad.

Teniendo en cuenta la centralidad del principio de jerarquía en la ordenación del sistema de fuentes laborales, el examen de sus relaciones en el tiempo se simplificará bastante si se estudian, de forma separada, aquéllas que son regidas por el mencionado principio y aquéllas otras donde, tratándose de normas del mismo rango, carece obviamente de virtualidad alguna. Prescindiremos al respecto del estudio de los problemas de sucesión normativa que plantean las normas de origen estatal entre sí, sean o no del mismo rango,

---

<sup>817</sup> Así, descartándola completamente, MERCADER UGINA, op. cit., p. 306.

pues, aparte de tratarse de una problemática conocida, desbordaría el objetivo y los límites de presente trabajo que, por ello, debe quedar circunscrito a los problemas aplicativos en los que, eventualmente, pueda verse involucrada una norma colectiva.

#### **3.4.1.- La sucesión entre normas de diferente rango.**

Como hemos apuntado, en la sucesión de normas de diferente rango, el principio de jerarquía se impone de forma absoluta, desplazando al principio de modernidad que deviene, de este modo, inaplicable<sup>818</sup>. Las consecuencias específicas de la hegemonía del principio jerárquico se pueden comprobar analizando la diversa tipología de relaciones.

##### **3.4.1.1.- La sucesión entre convenio colectivo y ley.**

La relación jerárquica entre ley y convenio (y, por extensión, entre normas legales y convencionales) trae consigo, como hemos visto, el sometimiento directo del convenio a los mandatos imperativos de la norma legal. Desde un punto de vista temporal, esto significa que todo convenio colectivo posterior a una ley vigente no puede contradecir, so pena de nulidad, lo dispuesto con carácter imperativo en ésta. Si es la norma legal la que sucede en el tiempo a la convencional, dicho sometimiento, además de directo, es inmediato, es decir, esos

---

<sup>818</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo, cit., p. 878.

mandatos imperativos contenidos en la ley se imponen, sin demora, a las relaciones de trabajo afectadas y ello, con independencia de que el convenio colectivo viniese proyectando una regulación diferente sobre las mismas<sup>819</sup>; sin que, por otra parte, este resultado suponga la asignación a la ley de una especial retroactividad<sup>820</sup>. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que la propia ley, mediante reglas de derecho transitorio, estableciese la continuidad parcial y temporal de la regulación convencional anterior<sup>821</sup>, lo que, en sí mismo, no supondría una excepción al principio de jerarquía normativa, sino su confirmación: es la propia ley la que prevé las condiciones de su aplicación.

El principal problema que plantea la aplicación del principio de jerarquía a la sucesión entre convenio y ley se localiza, como se sabe, en este último orden de sucesión. En efecto, siendo el convenio una norma esencialmente transaccional, donde su contenido forma un todo inescindible, parece evidente su especial susceptibilidad ante un cambio en las circunstancias concurrentes. Entre ellas, el dato legal constituye, sin duda, un factor que afecta directamente al llamado equilibrio interno del convenio<sup>822</sup>. Sin embargo,

---

<sup>819</sup> En este sentido, es elocuente la doctrina sentada por el TC. Valga por todas la paradigmática STC 210/90, de 20 de diciembre.

<sup>820</sup> Como ha puesto de relieve el TC, "no hay tal retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado" (STC 210/90, F.J. 3º, citando una consolidada línea jurisprudencial).

<sup>821</sup> En todo caso, lo que está claro que un eventual retraso en la aplicación de la norma legal no se encontraría amparada directo, y per se, en el respeto al derecho constitucional a la negociación colectiva, ya que "del art. 37.1 CE no emana ni deriva el supuesto derecho a que lo establecido en el convenio (...) permanezca inalterado y sea inmune a los establecido en una Ley posterior hasta el momento en que el convenio pierda vigencia, au cuando la voluntad de dicha Ley sea entrar en vigor inmediatamente en la fecha en ella dispuesta" (STC 210/90, F.J. 3º). En suma, "es el convenio el que debe respetar y someterse a la Ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador" (ib.).

<sup>822</sup> Una exposición de los argumentos sobre los que se asienta esta tesis en OJEDA AVILÉS, "La doctrina del equilibrio interno del convenio", REDT-31/87, p. 333 ss. (esp. 343 ss.).

la mayor onerosidad que, para una de las partes, pueda eventualmente suponer esa alteración explicaría, a lo sumo, una pérdida de vigencia ante tempus del convenio, pero, en ningún caso, justificaría la postergación de la entrada en vigor de la ley<sup>823</sup>.

#### 3.4.1.2.- La sucesión entre convenio colectivo y acuerdo interprofesional.

Las mismas conclusiones podrían aplicarse a los problemas que se plantearan en la sucesión recíproca entre convenio colectivo y acuerdo interprofesional. De este modo, el necesario respeto del convenio a un acuerdo interprofesional preexistente haría nula toda cláusula convencional que vulnerara lo dispuesto imperativamente por éste. Si, por el contrario, fuese el acuerdo interprofesional el que sucediera en el tiempo al convenio, su inmediatez en la afectación de las relaciones laborales sometidas a su ámbito de aplicación no ofrecería lugar a dudas, perdiendo valor normativo las cláusulas convencionales disconformes.

Sin embargo, la especial función normativa atribuida al acuerdo interprofesional<sup>824</sup>, obliga a efectuar algunas matizaciones, toda vez que, como hemos visto, el contenido del mismo no es otra cosa que el resultado material de aquella función. En efecto, teniendo como objetivo genérico el gobierno de las relaciones colectivas de trabajo y, de

---

<sup>823</sup> De este modo se resuelve en la aludida STC 210/90 la cuestión planteada por la eventual alteración del equilibrio interno del convenio. En efecto, siendo admisible la aplicabilidad al respecto de la cláusula rebus sic stantibus (según quedó patente en la STC 11/1981, F.J. 14), "quien alegue y acredite que una Ley dictada vigente el convenio colectivo, provoca el mencionado cambio absoluto y radical de las circunstancias, podría pedir la rescisión del convenio, pero en ningún caso pretender, con amparo en el art. 37.1 CE, la postergación de la plena efectividad de la norma legal, contrariando así lo en ella decidido respecto a su aplicación en el tiempo" (STC 210/90, F.J. 3°).

<sup>824</sup> V. ut supra, 2.2.2.

forma específica, la ordenación de la estructura de la negociación colectiva (que, precisamente, constituye un medio privilegiado en la consecución de aquel objetivo), es preciso tener en cuenta las consecuencias que de ello pueden extraerse respecto de la aludida inmediatez en la sucesión. En otras palabras, se trataría de comprobar si el cumplimiento de la función requiere, y hasta qué punto, que la aplicación del acuerdo sea, en todo caso, inmediata.

Con independencia de la propia disposición por el acuerdo de los términos en que haya de producirse su aplicación que, igual que veíamos en relación con ley, puede establecer un régimen de derecho transitorio, conviene distinguir, en función de su contenido, dos posibilidades. En primer lugar, si el contenido es sustantivo, es decir, se trata de un "acuerdo sobre materia concreta", la solución sería parangonable a la expuesta respecto de la ley: vigencia inmediata salvo que la propia norma disponga otra cosa. En segundo lugar, tratándose de contenido adjetivo o procedimental, es decir, estrictamente referido a la ordenación de la estructura negocial, parece que, por la propia naturaleza de la materia, la aplicación del acuerdo deberá diferirse al momento de la pérdida de vigencia de los convenios afectados<sup>825</sup>. La otra solución, es decir, instar inmediatamente la apertura de procesos negociadores adecuados a las previsiones del acuerdo, aparte de ser dudosamente constitucional, sería claramente disfuncional, al provocar efectos contraproducentes en la ordenación del sistema de negociación colectiva. Por otra parte, ello no aportaría nada a la superioridad jerárquica del acuerdo sobre el convenio que, en todo caso, es indiscutible también en la primera solución, es decir, a pesar de que su aplicación no fuera

---

<sup>825</sup> Como señala al respecto MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 105), no se aprecia "ninguna razón de peso para justificar algún grado de retroactividad de una eventual nueva regla colectiva de concurrencia sobre los convenios colectivos aprobados antes de su implantación".



inmediata, sino postergada a su momento natural.

#### 3.4.1.3.- La sucesión entre convenio colectivo y acuerdo de empresa.

Por último, el sometimiento jerárquico del acuerdo de empresa al convenio colectivo no proyecta especiales consecuencias en el ámbito de la sucesión normativa. La vinculación constitutiva que, en el plano creativo, se aprecia entre el acuerdo y el convenio trae consigo que siempre deba existir un convenio de referencia (aquel que, precisamente, habilita in extremis la intervención del acuerdo<sup>826</sup>), respecto del cual, aparece la relación jerárquica, ya en el plano aplicativo.

De este modo, el acuerdo aparece directamente condicionado por los términos en que se produzca la sucesión normativa en el ámbito convencional de referencia, pudiendo, incluso, desaparecer en el supuesto de que el convenio resultante de aquella sucesión así lo dispusiera. Tratándose de acuerdos subsidiarios, es decir, de aquéllos cuya existencia deriva de una ausencia de regulación convencional sobre una determinada materia, la posterior celebración de un convenio que integrara dicha materia, no sólo haría inaplicable el acuerdo hasta entonces en vigor, sino que, además, éste dejaría de estarlo al perder el fundamento de su existencia. De este modo, si la habilitación normativa de este tipo de acuerdos proviene de la omisión del convenio, un pronunciamiento de éste sobre la materia en cuestión dejaría sin efecto, tácitamente, aquélla habilitación.

---

<sup>826</sup> Sobre los diferentes modos en que se produce esta habilitación, v. ut supra, 2.2.1.

### 3.4.2.- La sucesión entre normas del mismo rango.

Dentro de este apartado, nos ocuparemos, finalmente, de los eventuales problemas aplicativos que pueden suscitarse en la sucesión, entre sí, de los diversos tipos de fuentes convencionales<sup>827</sup>. Para un cualificado sector doctrinal, estos supuestos constituirían la única posibilidad de aplicar el principio de modernidad, donde, sin duda, sería la regla general en la ordenación de la sucesión normativa<sup>828</sup>.

Ello no obstante, es preciso valorar el alcance del principio de modernidad, no sólo referido al convenio colectivo de eficacia general, sino dentro del contexto, bastante más amplio, del sistema de fuentes convencionales. El resultado de esta valoración de conjunto será, como veremos, que la función ordenadora del principio de modernidad en la aplicación de la norma colectiva en el tiempo es, prácticamente, residual. La razón de esta escasa virtualidad aplicativa (comprobable incluso, en el ámbito específico de la sucesión de convenios colectivos de eficacia general, donde se encuentra sometido a excepciones de diversa índole) no es otra que el reducido espacio de actuación

---

<sup>827</sup> En todo caso, y con independencia de las vías de solución imaginables, conviene poner de manifiesto que no se trata, en absoluto de un problema teórico. Antes al contrario, los supuestos de conflictos originados por sucesión de normas convencionales pueden ser bastante diversos integrando una causalística difícilmente aprehensible en todos sus extremos, ya que en la práctica, dichos conflictos aparecen incluso a pesar de la propia voluntad de los sujetos colectivos, desbordando, por otra parte su capacidad de previsión. De este modo, es ilustrativo al respecto la diversidad de situaciones conflictivas que pueden derivarse de las distintas modalidades de fusión empresarial (sobre el tema, v. VACHET, *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, cit., p. 109 ss.).

<sup>828</sup> En este sentido, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 879. El mencionado principio se concretaría en el hecho de que "el convenio posterior deroga el sentido estricto al anterior, con toda seguridad sin necesidad de cláusula o pacto expreso en aquél -aunque tal pacto aparece en algún convenio-", y ello, aún admitiendo que (como, por otra parte, es bastante frecuente) "la derogación tácita puede ser parcial, si tal es la clara voluntad de quienes convienen" (ib.).

práctica que proyecta el presupuesto sobre el que se asienta el principio: la identidad subjetiva del poder normativo creador de ambas normas (la anterior y la posterior)<sup>829</sup>.

Por ello, como se deduce del análisis de la variada tipología de relaciones que es posible establecer, el recurso al principio de modernidad deviene superfluo, pues en los supuestos en los que tendría cabida, la aplicación de la norma posterior no necesita de ningún criterio, al derivarse directamente de la voluntad de los sujetos negociadores de reabrir un nuevo proceso negocial en el mismo ámbito. De ahí que, cuando esto no ocurra, sea necesario acudir a otros principios. Pasemos, por tanto, al estudio de la aludida tipología.

#### 3.4.2.1.- La sucesión entre convenios colectivos.

##### 3.4.2.1.1.- La sucesión entre convenios colectivos de eficacia general.

En nuestro sistema jurídico, la apuesta del legislador por el convenio colectivo de eficacia general como "convenio tipo" ha traído consigo, entre otras

---

<sup>829</sup> Ello es perceptible, con independencia de que estemos ante normas convencionales de eficacia general o de eficacia limitada. En el primer caso, porque, como señala MERCADER UGINA (op. cit., p. 304-305), "cuando se trata de convenios colectivos de nivel distinto, tal voluntad, generalmente, no existe (...). E incluso si tal voluntad existiese, y apareciese recogida en una cláusula del convenio, la misma resultaría de dudosa legalidad". Por ello, "en realidad, la aplicación de la norma posterior como acto no resuelve un conflicto normativo, sino que lo crea: genera un conflicto entre la norma anterior y la norma posterior" (ib). Del mismo modo, tratándose de convenios de eficacia limitada porque, como señala AUBERT (Les conflicts de conventions collectives de travail, NBDJ-LAUSSANNE, 1957, p. 77-78), para aplicar este principio "sería preciso que los convenios concurrentes hayan sido obra de una misma voluntad normativa", lo que sólo se da, en estos casos, "cuando una asociación patronal y un sindicato obrero concluyen sucesivamente varios convenios que tienen el mismo campo de aplicación" (p. 78).

consecuencias<sup>830</sup>, la necesidad de establecer una serie de reglas añadidas con el objeto de ordenar el proceso de creación normativa. Estas reglas se concebían con el propósito común de coherencia la eficacia (general) conferida al convenio con los principios sobre los que se asienta nuestro modelo de negociación colectiva (pluralidad de sujetos negociadores y libre elección de la unidad de negociación). Como hemos visto, las reglas de estructura, autónomas (ex art. 83 ET, eventualmente) o heterónomas (art. 84 ET), las de vigencia y duración de los convenios (art. 86 ET), entre otras, tenían por objeto mantener el equilibrio entre las aludidas exigencias.

Con independencia de las importantes repercusiones que se derivan de esta labor legislativa, lo cierto es que la sucesión de convenios colectivos ha quedado atrapada en esta maraña de normas sobre la producción jurídica<sup>831</sup>. Este resultado, quizás inevitable por las exigencias apuntadas, trae consigo el hecho de que (como igualmente se deducía del análisis estático), el problema de la sucesión entre convenios colectivos de eficacia general no se configure, estrictamente, un problema aplicativo, sino creativo. Ello se comprueba fácilmente si tenemos en cuenta que los conflictos que pueden originarse en torno a la sucesión de convenios de eficacia general, no plantean la necesidad de recurrir a un criterio aplicativo o norma externa para dilucidar una eventual determinación de la norma aplicable (por ejemplo, el principio de norma más favorable contenido en el art. 3.3 ET). Tal operación hermenéutica habría de tener como presupuesto la existencia de dos normas

---

<sup>830</sup> V. ut supra, 2.1.1.

<sup>831</sup> En general, destacando la relevante conexión entre los aspectos señalados (entre los cuales, también debe aparecer el deber legal de negociar), GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia y sucesión de convenios...", cit., p. 189 ss.

simultáneamente vigentes<sup>832</sup> en un mismo ámbito aplicativo lo que, propiamente, no ocurre entre convenios colectivos de eficacia general por impedirlo las normas que regulan su creación jurídica<sup>833</sup>. En definitiva, el objeto de estas normas es, anteponiéndose al conflicto aplicativo, evitarlo en el plano creativo, provocando la invalidez de la norma eventualmente concurrente.

La combinación de las reglas de concurrencia y de vigencia evitan, por tanto, la posibilidad de que el problema de la sucesión de convenios trascienda al ámbito de la aplicación jurídica, quedando, por tanto, reducidos a una discusión, en el plano creativo, acerca de la validez o invalidez de la norma convencional.

De este modo, tratándose de sucesión de convenios en el mismo ámbito, la inexistencia de simultaneidad temporal imposibilitará la concurrencia<sup>834</sup>. Será, por tanto, una revisión del convenio anterior<sup>835</sup> por parte de los propios

---

<sup>832</sup> Es decir, debe tratarse de "convenios en vigor" (MERCADER UGINA, op. cit., p. 302).

<sup>833</sup> Excepción hecha, por supuesto, de lo eventualmente dispuesto en reglas autónomas sobre articulación entre convenios (suplementariedad o complementariedad). Como señala MARTÍN VALVERDE ("Concurrencia de convenios colectivos...cit., p. 49), "presencia de esta distribución material, sea cual sea su explicación o su origen, es la nota característica de la relación de complementariedad, relación que supone la coexistencia sin problemas ni interferencias de las respectivas normas convencionales" (sobre la virtualidad práctica de estas reglas convencionales, v. PÉREZ YAÑEZ, "El marco legal...cit., 1063 ss.; en general, sobre las diferentes técnicas de coordinación entre niveles de negociación, v. el estudio sistemático realizado por MERCADER UGINA, op. cit., p. 387 ss.) En estos casos, la simultaneidad aplicativo no constituye una "afectación" y, en consecuencia no estamos ante una concurrencia prohibida, sino permitida (querida o no) por el convenio aplicable (sobre los diferentes supuestos posibles, MARTÍN VALVERDE, ib., p. 50 ss).

<sup>834</sup> MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios...cit., p. 43; GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia y sucesión...cit., p. 196.

<sup>835</sup> Pueden destacarse al respecto tres posibilidades: revisión total (renovación), revisión parcial o refundición (sobre esta clasificación, consolidada en la doctrina, v. MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios colectivos...cit., p. 44-45; GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia y sucesión...cit., p. 196.

sujetos negociadores<sup>836</sup>, sin que, en consecuencia, la estructura de la negociación resulte afectada por la sucesión<sup>837</sup>. No habría necesidad, por tanto, de un eventual recurso a las reglas de estructura (art. 84 u otras *ex art.* 83 ET) para verificar la validez de la norma creada. No ocurre lo mismo cuando la sucesión se produce entre convenios de distinto ámbito, en donde, al resultar afectada la estructura negocial<sup>838</sup>, la validez de la norma creada tiene como presupuesto la no vulneración de las reglas de concurrencia y, por extensión, de las que regulan la duración y vigencia del convenio. En este último caso, el convenio posterior sólo sería válido si el anterior ha perdido su prioridad temporal, lo que sólo acaece en el momento de la finalización de su vigencia<sup>839</sup>.

#### 3.4.2.1.2.- La sucesión entre convenios colectivos de eficacia general y de eficacia limitada.

A diferencia de la relación de sucesión entre convenios anteriormente examinada, la que sí tiene trascendencia al plano aplicativo es la que recíprocamente se establece entre convenios colectivos de eficacia general

---

<sup>836</sup> No puede entenderse que ello supone la aplicación del principio de modernidad (en contra, MERCADER UGINA, op. cit., p. 305-306).

<sup>837</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia...cit., p. 197.

<sup>838</sup> En estos casos habría una sucesión convencional con cambio de unidad de negociación (v. al respecto, DURÁN LÓPEZ, "Sucesión de convenios y cambio en la unidad de negociación", REDT-61/93, p. 673 ss.), lo que, sin embargo, no puede decirse que constituya una "modalidad habitual de sucesión" (MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios...cit., p. 48).

<sup>839</sup> La determinación del momento en que esto ocurre es, a la vez, objeto de polémica doctrinal y jurisprudencial. De este modo, partiendo de la base de que "esa prioridad temporal no puede mantenerse indefinidamente" (GONZÁLEZ ORTEGA, "Concurrencia...cit., p. 198), el objeto de la controversia es ahora la consideración o no como período de vigencia a estos efectos el tiempo de prórroga (automática o provisional) prevista legalmente (art. 86. 2 y 3 ET) (sobre los términos en que se ha desarrollado esta polémica, v. la síntesis efectuada por MARTÍN VALVERDE, "Concurrencia de los convenios...cit., p. 70 ss.).

y convenios colectivos de eficacia limitada. No en vano, estamos ahora ante procesos creativos independientes que dan como resultado dos subespecies distintas de convenios colectivos, y ello a pesar de compartir la misma función normativa<sup>840</sup>.

Sin perjuicio de ello, tampoco aquí resulta aplicable el principio de modernidad puesto que, en ningún caso, se cumpliría el presupuesto de la identidad subjetiva en la titularidad del poder negociador. Incluso si se tratase de un mismo ámbito funcional, en cualquier dirección que se contemple la relación siempre faltaría, por defecto o por exceso, la mencionada identidad. Será necesario, por tanto, recurrir a otros criterios para la determinación de la norma aplicable en los supuestos de sucesión posibles.

Para ello habrá que partir del modo en que quedaban ordenadas la relación estática de estos dos tipos de convenios. En este sentido, la aplicación del principio de norma más favorable no ofrecía lugar a dudas, toda vez que, incluso, contaba con el expreso refrendo legal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 ET<sup>841</sup>. Partiendo de este presupuesto, la determinación de la norma aplicable en la sucesión entre estos convenios quedaría de la siguiente manera.

En primer lugar, si es el convenio de eficacia limitada el que sucede al de eficacia general, sólo resultará aplicable la norma posterior en la medida en que fuera más favorable. Si por el contrario fuera menos favorable, se

---

<sup>840</sup> Constituyendo, por ello, un mismo tipo de fuente convencional (sobre el tema, v. ut supra, 2.1).

<sup>841</sup> Precepto al que, como hemos visto, sólo esta interpretación le confería, a su vez, un verdadero significado y alcance en la ordenación del sistema de fuentes (v. ut supra, 3).

seguiría aplicando la norma anterior, es decir, el convenio colectivo de eficacia general. En segundo lugar, si la sucesión se produce en sentido inverso, es decir, es el convenio de eficacia general el que sucede a uno de eficacia limitada, la solución se produciría en los mismos términos: el convenio posterior (de eficacia general) sólo resultaría aplicable de forma preferente en el supuesto de que contuviera una regulación más favorable que el anterior (de eficacia limitada); de no ser así, el convenio de eficacia limitada tendría aplicación preferente.

Sin embargo, una matización hay que hacer en este último supuesto, y que viene impuesta, además, por la propia lógica interna del sistema de negociación colectiva. Dicha matización hace referencia al hecho de que el convenio de eficacia general que sucediera al de eficacia limitada tuviese el mismo ámbito funcional y, además, integrara a los sujetos negociadores de éste último. En estos casos, a pesar de que lo más probable sería la existencia de una expresa declaración de voluntad de estos sujetos dando por finalizada la vigencia del convenio de eficacia limitada, incluso de no producirse tal manifestación, la norma aplicable sería el convenio posterior, y ello, haciendo abstracción de su mayor o menor favorabilidad (estaríamos, por tanto, ante una clara aplicación del principio de modernidad, no vinculada, además, a una voluntad normativa mas o menos explícita). Lo contrario, no sólo rompería la propia lógica interna del sistema negocial, sino que, además perpetuaría indefinidamente lo regulado en el convenio colectivo de eficacia limitada.

#### **3.4.2.1.3.- La sucesión entre convenios colectivos de eficacia limitada.**



En la sucesión entre convenios colectivos cabe, finalmente, la posibilidad de que ambos sean de eficacia limitada. A diferencia de lo que ocurría en el caso de la sucesión entre convenios de eficacia general, no existen, respecto de los de eficacia limitada, ningún tipo de reglas que, directa o indirectamente, ordenen la sucesión. Tampoco, como hemos visto, son aplicables analógicamente las normas estatutarias referidas a la estructura y vigencia, pues son normas sobre la producción jurídica que rigen el proceso creativo de un tipo específico de norma convencional (los convenios colectivos de eficacia general) y, como tales, directamente conectadas a las peculiaridades que presenta la dinámica aplicativa de esta fuente.

La sucesión de convenios colectivos de eficacia limitada, por el contrario, sobrepasa el ámbito de la creación jurídica y su solución de eventuales conflictos pasa por la búsqueda, dentro del conjunto de principios aplicativos que rigen la sucesión normativa, de aquéllos que puedan resultar más adecuados para la ordenar las distintas hipótesis sucesorias. Para ello, en primer lugar, habrá que saber cuáles serían estas hipótesis. Simplificando la causística que, eventualmente, puede plantearse al respecto, podemos englobar los distintos supuestos en dos grupos, en función de si la sucesión se produce entre convenios colectivos del mismo ámbito o si, por el contrario, se trata de convenios de ámbitos diferentes.

En el primer caso, tratándose de convenios colectivos que se suceden en un mismo ámbito, no se planteará ningún problema ya que, siendo negociados por los mismos sujetos (no olvidemos que la coincidencia de ámbitos también incluye al personal), lo que se produce realmente es una revisión (total o parcial) del convenio anterior. No habrá ningún problema, por tanto, en entender aplicable el principio de modernidad,

puesto que la voluntad derogatoria se desprende de la propia negociación del convenio posterior, a cuyos términos habrá que acudir, por otra parte, para verificar el alcance de tal derogación<sup>842</sup>.

Mayores problemas, sin embargo, presenta la sucesión de convenios colectivos de eficacia limitada de distintos ámbitos. Bien entendido que, en estos casos, sólo se producirán situaciones conflictivas en la hipótesis de que en un mismo ámbito funcional, a distintos niveles territoriales se negociasen convenios colectivos entre los que existe una parcial coindencia de sus respectivos ámbitos personales. Como es evidente, de no existir esta coincidencia, no se plantearía conflicto alguno puesto que cada convenio tendría su propio ámbito de aplicación perfectamente acotado, sin que sea factible que se produjera algún tipo de interferencias.

Delimitada así la hipótesis conflictiva, podemos distinguir dos supuestos en los que la sucesión de convenios traería consigo la necesidad de buscar un criterio para la determinación de la norma aplicable. En primer lugar, una situación conflictiva vendría dada por el hecho de que el convenio posterior abarcase un ámbito territorial mayor que el primero, de tal manera, siendo aplicable al ámbito personal acotado por éste, se plantearía la posibilidad de su absorción por aquél. En segundo lugar, el otro supuesto conflictivo estaría representado por la situación inversa, es decir, que el convenio posterior tuviese un ámbito territorial más reducido que el anterior. En este caso, no existe propiamente una sucesión de convenios, puesto que el anterior seguiría vigente. La repercusión de la negociación

---

<sup>842</sup> Como señala AUBERT (op. cit., p. 78), "para saber cual aplicar es suficiente buscar la voluntad de las asociaciones contratantes. Así, es posible suponer que, en el espíritu de estos últimos, el convenio más reciente debe completar o reemplazar al anterior".

del segundo convenio sobre el primero se concretaría, simplemente, en un recorte en su ámbito de aplicación que, de este modo, quedaría sustraído a la vinculabilidad de la regulación en él contenida. En consecuencia, sólo respecto del ámbito "recortado" por el segundo podría hablarse de sucesión normativa.

La solución en ambos casos no podría derivarse de la aplicación del principio de modernidad, puesto que no hay identidad subjetiva entre los respectivos poderes negociadores<sup>843</sup> (y ello, sin perjuicio de que, en cada caso, estén encuadrados en una misma estructura asociativa). En consecuencia, habría que recurrir al criterio general que rige las relaciones entre normas convencionales, es decir, al principio de norma más favorable (art. 3.3 ET). De este modo, en los supuestos contemplados, el convenio posterior sólo tendría aplicación en el caso de que fuera más favorable que el anterior, permaneciendo éste inalterado en caso contrario.

#### 3.4.2.2.- La sucesión entre acuerdos de empresa.

El estudio de la sucesión entre acuerdos de empresa va a estar condicionados por dos factores fundamentales. En primer lugar, su vinculación constitutiva con el convenio colectivo, cuya principal consecuencia se concreta en el hecho de que, tanto el destino del acuerdo, como su propia renovación, va a estar estrechamente ligado a lo que, en su caso, disponga el convenio colectivo. En segundo lugar, otro factor relevante a efectos de sucesión normativa viene dado por el ámbito, es decir, por el hecho

---

<sup>843</sup> Como pone de manifiesto AUBERT (op cit., p. 78) "cuando los convenios colectivos tienen por autores asociaciones diferentes, el principio de la lex posterior no es de ninguna utilidad" (p. 78).

de que estemos ante una norma convencional que, tanto en su proceso creativo, como en su aplicación, está circunscrita a la empresa, marco de referencia inexcusable desde ambas perspectivas.

Ambos factores inciden en que, al menos hipotéticamente, no sea previsible un nivel de conflictividad importante en materia de sucesión de acuerdos de empresa. Desde el primero de ellos, porque el control de la creación del acuerdo está en en manos de los negociadores del convenio colectivo que, presumiblemente, habrán de resolver, de forma anticipada, los posible problemas de concurrencia que, en general, pudieran plantearse y, especialmente, los referidos a la vigencia y renegociación de los acuerdos. Desde el segundo, porque, aunque no sea descartable la existencia de acuerdos de empresa de eficacia limitada, hemos visto como en el ámbito empresarial se impone una especie vis atractiva hacia la eficacia general, máxime si tenemos en cuenta las materias que, eventualmente, pueden ser objeto de negociación en estos acuerdos. Por otra parte, no parece que el interés empresarial pase por la existencia de regímenes diferenciados dentro de una misma plantilla y, si así fuere, habría que depurar posibles conductas antisindicales. En todo caso, de existir, siquiera sea residualmente, este tipo de instrumentos normativos, la ordenación de su sucesión se regiría por los criterios expuestos en relación con el convenio colectivo de eficacia limitada y, principalmente, por el predominio del principio de norma más favorable.

Siendo la eficacia general de los acuerdos de empresa el supuesto con mayor grado de verificación práctica, en él nos centraremos a la hora de indagar los principios que deben regir la sucesión de este instrumento normativo. Todo ello, sin embargo, partiendo del presupuesto de que esta labor indagatoria sería superflua si, como es previsible, en convenio

colectivo se hubiesen fijado, entre las normas reguladoras de su proceso creativo, las reglas que han de regir la vigencia y renovación de los acuerdos de empresa. Ello significaría que, igual que ocurría con los convenios colectivos de eficacia general, la sucesión no sería un aspecto externo al acuerdo, sino que habría quedado incorporado entre las normas sobre la producción jurídica que regulan su proceso creativo. Si fuera así, no se plantearía ningún problema de índole aplicativa susceptible de ser solucionado mediante la elección de la norma aplicable, pues la existencia de normas válidas constituye un presupuesto ineludible a tales efectos. Y es precisamente la validez de la norma posterior la que habría de ser enjuiciada, situando la valoración en el plano adecuado, es decir, el creativo. De este modo, si el acuerdo posterior se ha celebrado sin ajustarse a las normas estipuladas al efecto sería, simplemente, nulo; lo que nos ahorraría el esfuerzo de tener que acudir a la búsqueda de criterios aplicativos.

Si no fuera así, es decir, si no existieran tales previsiones, la ordenación que exige una visión integrada de la negociación colectiva (presupuesto indispensable para hablar con propiedad de "sistema de negociación colectiva"), impondría la búsqueda de criterios con capacidad para seleccionar, en cada caso, la norma aplicable. Entre ellos, el recurso al principio de modernidad se muestra como el más adecuado a la naturaleza y a la propia función del acuerdo de empresa. Dos argumentos corroboran la idoneidad de la solución propuesta.

En primer lugar, la ausencia del obstáculo que, sistemáticamente, ha venido impidiendo la aplicación de este principio en relación con las normas de origen convencional: la no identidad entre las respectivas voluntades normativas. En efecto, circunscrito al ámbito empresarial y desplegando

una eficacia general en el mismo, el acuerdo de empresa posterior coincide necesariamente con el anterior, y ello, tanto en el plano objetivo, como en el subjetivo. En consecuencia, con independencia de cómo se forme la voluntad colectiva que lo integra, en ambos casos el poder negociador es el mismo.

En segundo lugar, las consecuencias que se derivan de la aplicación de este principio (la derogación de la norma anterior) coinciden plenamente con la voluntad de los sujetos negociadores, puesto de manifiesto al iniciar un nuevo proceso negociador. Para averiguar el alcance de la derogación habrá que estar, no obstante, a los términos en los que se ha producido la sucesión normativa plasmados, por su parte, en el contenido del nuevo acuerdo.

#### 3.4.2.3.- La sucesión entre acuerdos interprofesionales.

La sucesión de acuerdos interprofesionales suscita una problemática peculiar a la que no es posible extrapolar mecánicamente las soluciones anteriormente esbozadas. Ello, sin embargo, no debe extrañarnos, toda vez que su autonomía tipológica como norma convencional venía dada por su especial función normativa. Y de este dato habrá que partir para buscar criterios que tengan la virtualidad de seleccionar, coherentemente con aquella función, la norma aplicable en caso de una sucesión conflictiva entre acuerdos interprofesionales. Conflictos que, como hay que poner de manifiesto inmediatamente, parece que serán más hipotéticos que reales, si tenemos en cuenta al grado de integración de voluntades colectivas que impone el quantum de poder negociador exigible en el proceso de creación de este tipo

de instrumentos normativos<sup>844</sup>. En todo caso, a pesar de correr el riesgo de estar analizando un típico problema de laboratorio, conviene efectuar, siquiera sea en términos hipotéticos, un examen de las diversos supuestos conflictivos, no sin antes precisar algunas consideraciones generales al respecto.

En primer lugar, parece claro que ni la función, ni, consecuentemente, el contenido, de los acuerdos interprofesionales se prestan a la aplicación del principio de norma más favorable previsto legalmente como medio de solución de conflictos entre "normas pactadas" (art. 3.3 ET). En efecto, la idea de la favorabilidad resulta difícilmente cohonestable con la función de gobierno de las relaciones laborales que define a este tipo de normas convencionales. Y ello, no sólo porque el contenido en el que normalmente encuentra proyección esa función (la estructura negocial) es inevaluable desde ese parámetro, sino porque, aún concretándose en contenidos susceptibles de ser valorados en términos de mayor o menor favorabilidad, no parece compatible con la función del acuerdo que los sujetos negociadores se vean vinculados pro futuro por el contenido de anteriores acuerdos. Por otra parte, el poder negociador presente en estos acuerdos es de tal magnitud que no necesita refuerzos externos de esta índole, ya que, en todo caso, el equilibrio de fuerzas (base de todo proceso negocial) se presume garantizado. En conclusión, la disponibilidad de los sujetos negociadores debe ser, en cada caso, absoluta, sin que quepan al efecto limitaciones que provengan de la mayor favorabilidad de los contenidos normativos de anteriores acuerdos.

En segundo lugar, de ello resulta que el principio de

---

<sup>844</sup> V. al respecto, ut supra, 2.2.2.

modernidad tendría en estos casos una aplicabilidad incontestable, puesto que, además, la voluntad normativa sería la misma al coincidir ámbito negocial y sujetos negociadores. Ello no obstante, tal conclusión debe ser doblemente matizada.

Por un lado, porque la valoración que conlleva sólo sería verificable en los supuestos de acuerdos interprofesionales de eficacia general, habida cuenta de la legitimación exigida para su negociación, pero no tratándose de acuerdos interprofesionales de eficacia limitada. En estos casos, precisamente por la disfuncionalidad que tal eficacia proyecta sobre el propio acuerdo, no sería oportuno que un acuerdo de eficacia general pudiera ser desplazado en el mismo ámbito geográfico, aunque fuera parcialmente (es decir, respecto de un ámbito personal determinado), por otro posterior de eficacia limitada. No ocurre lo mismo en el supuesto inverso, donde la mayor funcionalidad del acuerdo de eficacia general debería dejar sin efecto, una vez concluido, a los posibles acuerdos de eficacia limitada hasta entonces vigentes. Podría entenderse, por tanto, que entre uno y otro tipo de acuerdos se establece una relación jerárquica, de manera que el acuerdo de eficacia general impondría su superior rango para hacer valer su preferencia aplicativa respecto del de eficacia limitada que, de este modo, ostentaría un rango inferior. Ello no obstante, a pesar de que no habría ningún problema en admitir esta solución, si, además, tenemos en cuenta la posibilidad de fundamentar esa jerarquía en el distinto grado de poder normativo concurrente en cada caso, no parece que sea necesario, precisamente porque las exigencias de legitimación para negociar el acuerdo de eficacia general provocarían una cierta coincidencia de voluntades normativas que harían superfluo el recurso a dicho principio.



En efecto, esta coincidencia traería consigo que, en el supuesto de que fuera el acuerdo de eficacia general el que sucediera al de eficacia limitada, los sujetos negociadores de éste habrían quedado integrados en el proceso negociador que ha lugar a aquél, con lo que, tácita o expresamente, han decidido poner fin a la norma anterior. En el supuesto inverso, presumiendo en el acuerdo de eficacia general el aludido grado de integración subjetiva, la posterior negociación de un acuerdo de eficacia limitada tendría como presupuesto una disidencia parcial por parte de algunos de los sujetos negociadores del primer acuerdo, lo que, en definitiva, significa que el nuevo acuerdo sólo sería posible en el caso de una pérdida de vigencia ante tempus del anterior que, por ello, no plantearía conflicto alguno.

Por otro lado, aún tratándose de acuerdos interprofesionales de eficacia general, puede plantearse una sucesión entre acuerdos de distinto ámbito que tampoco cumpliría con el aludido presupuesto de la identidad de voluntades normativas. En efecto, la posibilidad de que el acuerdo interprofesional sea de ámbito estatal o de ámbito autonómico puede suscitar eventualmente problemas de sucesión normativa, para cuya solución el recurso al principio de modernidad deviene claramente inadecuado. En este supuesto parece que el principio de especialidad<sup>845</sup> gozaría de mayor idoneidad aplicativa, no sólo porque primase la regulación más específica sobre la general, sino porque, además, la desvinculación de ámbitos negociales que conlleva se coherente perfectamente con la propia función normativa del acuerdo interprofesional.

---

<sup>845</sup> En general, sobre el alcance y significado del principio de especialidad en el ámbito jurídico-laboral es ilustrativo (aunque no extrapolable) el análisis efectuado en su día por RIVERO LAMAS, "El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales", RPS-87/70, p. 15 ss. De forma más específica, el juego del principio de especialidad en el sistema de normas convencionales (si bien referido exclusivamente a la relación entre convenios colectivos de eficacia general) ha sido estudiado recientemente por MERCADER UGINA, op. cit., p. 307 ss.





## **CONCLUSIONES**

## CONCLUSIONES

1.- Conforme se anticipaba al inicio de este trabajo, el estudio de la negociación colectiva desde la perspectiva de las fuentes del derecho ha resultado fecundo para la comprensión de los diversos y complejos problemas que, en la actualidad, se suscitan en torno a la institución. De este modo, partiendo de la base de que gran parte de la problemática aludida se debía a la incertidumbre que rodeaba la calificación jurídica de los distintos productos convencionales, el examen de la negociación colectiva como fuente del derecho ha servido para poner de manifiesto que las respuestas pasaban, de forma ineludible, por el esclarecimiento de sus relaciones con la ley. La ubicación del estudio de esas relaciones en el contexto del sistema de fuentes se convertía, por tanto, en el presupuesto necesario para intentar aportar soluciones al respecto. Pero ello traía consigo, a su vez, la necesidad de superar el plano positivo de análisis, donde no es posible encontrar soluciones al complejo problema de la creación, y situarnos en sede de teoría general del derecho. No podría ser de otra manera, pues el examen de la negociación colectiva como fuente del derecho nos habría de conducir, inexorablemente, a la búsqueda de su modelo teórico. Sólo de este modo estaríamos en disposición de los instrumentos precisos para llevar a cabo, con posterioridad, el examen de nuestro peculiar modelo de negociación colectiva. En definitiva, se trataba de un viaje de ida y vuelta, donde la incursión en sede de teoría general, mostrándose necesaria para la resolución de los problemas que la institución planteaba en nuestro ordenamiento, tenía como único objetivo encontrar las respuestas que tal pretensión demandaba.

2.- El examen del modelo teórico de la negociación colectiva como fuente del derecho habría de contar con un marco de análisis adecuado que, sin embargo, no era concebible desde cualquier perspectiva de estudio. De este modo, *dr* comprobaba sin dificultad que las distintas soluciones teóricas aportadas al respecto diferían considerablemente en función de la posición metodológica adoptada en cada caso. No en vano, la diversidad metodológica se plasmaba en diferentes maneras de concebir el derecho, en general, y su creación, en particular. El problema metodológico, por tanto, se convertía en la primera cuestión a la que era preciso dar una respuesta satisfactoria, toda vez que, tanto la propia aprehensión del objeto de estudio como su delimitación, iban a estar en función de la opción metodológica efectuada que, además determinaría un concreto modus operandi en el proceso de construcción jurídica.

3.- El establecimiento de estos presupuestos metodológicos tenía por objetivo inmediato la elaboración del aludido marco analítico, lo que pasaba por la búsqueda de un concepto de derecho y de fuente con la suficiente virtualidad explicativa para dar respuesta a las cuestiones planteadas por la inserción de la negociación colectiva en el sistema jurídico. Las insuficiencias al respecto de los métodos tradicionalmente utilizados por la ciencia jurídica, siendo constatables, eran fruto del reduccionismo practicado en la delimitación del ámbito de lo jurídico. De este modo, reconduciendo el debate, en aras de su simplificación, a la oposición dialéctica entre el formalismo o normativismo y el sociologismo o realismo jurídico, se ha comprobado como, en ambos casos, su común raíz positivista los hace inadecuados para captar, en toda su complejidad, la esencia del derecho. Así, el normativismo (positivismo jurídico), identificando derecho y norma, prescinde de toda la dimensión extrapositiva del derecho, lo que es especialmente relevante desde la

perspectiva de la creación jurídica. En efecto, la imposibilidad de superar el mero dato normativo hace del derecho un sistema autofundado que, no sin contradicciones, debe explicar el proceso de creación de la norma desde la propia norma, estableciendo para ello un sistema gradualista y jerarquizado en el cual toda norma es, simultáneamente, consecuencia y fundamento de validez de otra norma. Por su parte, el sociologismo (positivismo sociológico), nacido como reacción a los excesos normativistas, cae sin embargo en su mismo defecto al reducir lo jurídico al mero dato fáctico, sin tener en cuenta que la realidad jurídica es una realidad convencional a la que, consecuentemente, no es posible extrapolar acríticamente los esquemas cognoscitivos propios de otras ciencias sociales. De este modo, a pesar de que, al ampliar el espacio de la creación jurídica, puso de manifiesto la relevancia jurídica del proceso creador en que consistía la negociación colectiva, el sociologismo se mostraba incapaz de concebir el derecho como un sistema unitario ni, por tanto, la creación jurídica como un proceso integrado. Ello se debía, fundamentalmente, a que prescindía de pautas de conocimiento propiamente jurídicas lo que, a la postre, impedía la construcción de un concepto de fuente.

En definitiva, desde ambas perspectivas, la dimensión de lo jurídico aparecía parcelada, quedando identificado el derecho como el mero dato positivo, sea éste la norma (deber ser) o el hecho (ser). Como resultado de ello, el problema de la creación jurídica quedaba incólume, sin que, por tanto, se aportase un concepto de fuente con la suficiente capacidad explicativa.

4.- La superación del problema metodológico habría de venir mediante la integración sincrética de los elementos armonizables de ambas posiciones. Si el formalismo aportaba el elemento estructural, concretado en la configuración del

derecho como sistema, el sociologismo introducía el elemento funcional, incidiendo específicamente en la esencia organizativa que lo define. De este modo, partiendo de la irrenunciabilidad de la dogmática, en tanto que método genuinamente jurídico, era preciso someter a una oportuna revisión a los tradicionales métodos de operar de la ciencia jurídica. La integración estructura-función debía ser el principio informador en todo proceso de contrucción de categorías jurídicas. Como consecuencia de ello, el sistema jurídico dejaba de ser un sistema lógico- racional para convertirse en una unidad dotada de sentido, en el cual sus elementos no aparecen conectados, por buscar una aséptica cientificidad, a través de procesos deductivos, sino por la función que cada uno de ellos desempeña en el contexto global en el que se insertan.

5.- Superado así el problema metodológico, estamos en disposición de encontrar un concepto de derecho y de fuente que nos proporcione el marco analítico adecuado para el estudio de la negociación colectiva. La necesidad de que el derecho no fuese concebido como un compartimento estanco y cerrado, sino abierto a la sociedad y directamente conectados a sus impulsos vitales, hace preciso cohonestar, dentro de su propio concepto, las exigencias estucturales y funcionales que lo definen. Sólo el concepto de organización responde a tales exigencias pues, en sí mismo, integra el elemento sistemático y el elemento teleológico: el derecho es una organización que tiene como fin, a su vez, organizar la sociedad. Se pone así de relieve el doble sentido del concepto de derecho como organización. A nuestros efectos, sin duda, es especialmente importante la esfera intraorganizativa.

El concepto de fuente se deducirá, precisamente, de la función de la creación jurídica en esa esfera. La distinción,



dentro del sistema jurídico, de una parcela positiva (sistema externo) y otra extrapositiva (sistema interno), confiere pleno sentido a la elaboración de un concepto de fuente determinado por su función, cuya misión específica, va a ser, precisamente, poner en contacto ambas parcelas. En efecto, teniendo en cuenta que en la creación jurídica confluyen elementos fácticos con otros de índole valorativa y que, por otra parte, el establecimiento de los distintos centros de producción normativa se efectúa en el sistema interno, el concepto de fuente viene a cumplir la función de transmitir al plano externo los impulsos creativos que provienen del sistema interno. El resultado de ese proceso catalizador va a ser una norma jurídica que, como tal, funda su fuerza de obligar en la pertenencia al sistema, condición que le otorga, precisamente, el haber sido creada por uno de los cauces que el ordenamiento jurídico ha arbitrado al efecto.

6.- Partiendo del marco analítico resultante de la superación del problema metodológico, estamos en disposición de afrontar, desde un plano estrictamente teórico, el examen de la negociación colectiva como fuente en el ordenamiento jurídico. Desde los presupuestos técnico-jurídicos esbozados, la elaboración del modelo teórico viene dada por la inserción de la negociación colectiva en el sistema jurídico así concebido. Por exigencias explicativas, la integración de la negociación colectiva como fuente en el ordenamiento jurídico se ha configurado como el resultado de un proceso en el que se distinguen nítidamente dos fases. En primer lugar, una fase material, caracterizada por desarrollarse íntegramente en el sistema interno y, en consecuencia, ajena a todo dato positivo. En esta fase, que concluye con el establecimiento de la negociación colectiva como fuente material del derecho, nuestro objetivo ha sido poner de manifiesto las directrices que rigen la incorporación del poder social al sistema jurídico, cuya "juridificación" constituye presupuesto

esencial para devenir poder normativo.

La juridificación del poder social queda cristalizada en el concepto de autonomía colectiva que, de este modo, representando la institucionalización jurídica de la contraposición los intereses sociales y económicos, se configura como el fundamento directo, ya jurídico, del poder normativo en que consiste la negociación colectiva. En la estructura del sistema jurídico, la función asignada a la autonomía colectiva le confiere una especial posición. En efecto, directamente conectada a la cúspide del ordenamiento, va a sufrir los cambios que se produzcan en la composición del equilibrio, siempre inestable, del sistema de valores. Pero, por otro lado, su configuración como subprincipio jurídico, es decir, como cauce de expresión y desarrollo de principios y valores superiores, la autonomía colectiva aparece al mismo nivel que el principio de soberanía. Consistiendo este principio el fundamento del poder normativo del Estado, cumple, por ello, idéntica función que el principio de autonomía colectiva.

Siendo el resultado de un proceso histórico-jurídico, la correcta apreciación del lugar ocupado por la autonomía colectiva ha sido dificultada, sin embargo, por la tradicional hegemonía del principio de soberanía, punto de referencia indiscutible y exclusivo en la teoría jurídica del Estado Liberal y, por otra parte, fundamento del dogma de la ley como expresión de la voluntad popular. Sin embargo, la crisis de ese modelo de Estado, tiene en "la caída de este mito" una de sus más elocuentes manifestaciones y, en su sustitución por el modelo del Estado Social, su corolario definitivo. En conclusión, el progresivo afianzamiento de la autonomía colectiva como principio jurídico tiene, en la consolidación de este proceso evolutivo, su fundamento más directo.

7.- Una vez comprobado el lugar donde queda ubicada, en el contexto del sistema jurídico, la autonomía colectiva, es preciso efectuar un análisis de su contenido. Como concepto representativo de un poder, se hace necesario desvelar los elementos en los que se asienta dicho poder que, de ningún modo, pueden quedar ajenos al sistema jurídico, toda vez que precisamente del hecho de que estén debidamente garantizados, va a depender la virtualidad del reconocimiento jurídico de la autonomía colectiva. De este modo, como poder colectivo, los elementos estructurales de la autonomía colectiva coinciden con las facultades en que puede ser desglosada: autoorganización, autotutela y autonormación. Por tanto, son estos tres elementos estructurales los que conjuntamente integran el poder colectivo en que consiste la autonomía colectiva. Por otro lado, precisamente por ello, aparecen entre sí estrechamente interrelacionados. El condicionamiento recíproco entre ellos tendrá indudables repercusiones para la facultad de autonormación que no podrá ser objeto de una atención aislada. Antes al contrario, en la valoración de la capacidad de la negociación colectiva para instituirse como cauce de expresión normativa, no puede hacerse abstracción del grado garantía con el que se haya asegurado el ejercicio de las otras dos facultades señaladas. Por ello, la formalización jurídica de las respectivas garantías deviene condición necesaria, tanto para el afianzamiento de la autonomía colectiva en el ordenamiento, como, por ende, para la existencia de la negociación colectiva como fuente de producción de normas convencionales.

8.- Si el estudio del proceso de juridificación material ha servido para poner de relieve las claves que rigen el establecimiento de la negociación colectiva como fuente (material) del derecho y, asimismo, las conexiones de sentido inherentes a la posición ocupada en el sistema jurídico, el

proceso de juridificación formal tiene por objeto verificar el modo en que se proyecta ese poder normativo sobre el plano positivo (sistema externo). En efecto, como fuente material del derecho, la negociación colectiva puede encontrar plasmación formal en el plano positivo a través de distintas vías. La clasificación tipológica de las diversas formas en las que se puede manifestar el poder normativo colectivo constituirán el sistema de fuentes formales de origen convencional.

A diferencia de lo que ocurría en el proceso de juridificación material, en esta formalización de los diversos cauces de producción normativa cabe una eventual intervención del legislador que, con mayor o menor intensidad, puede incidir, tanto en el establecimiento de normas sobre la producción jurídica, dirigidas a reglamentar los procesos de creación normativa, como en el aseguramiento de la eficacia de las normas ya producidas. Conviene aclarar, no obstante, que el título que legitima esta intervención viene dado por la función promocial asignada a la ley en el afianzamiento y sostén de la capacidad autonormativa de los sujetos colectivos. Su labor, por tanto, queda limitada a la de constituir un elemento coadyuvante en el proceso de formalización jurídica de los diversos cauces de producción normativa. Función que, por otra parte, no lleva aparejada necesariamente una intervención directa en ese proceso, sino que puede concretarse en el apoyo a las otras dos facultades en las que se desglosaba la autonomía colectiva (autoorganización y autotutela), integrando de este modo un eventual déficit del poder colectivo para dotarse a sí mismo de esos cauces formalizados.

9.- Como quiera que el tradicional peso de la ley en el sistema de fuentes del derecho distorsiona la anterior apreciación, difuminando los límites en los que se ha de

desenvolver la intervención legal en esta fase del proceso de juridificación, se hace necesario perfilar con claridad esos límites. No en vano, la funcionalidad de la negociación colectiva como fuente depende de que su carácter autónomo sea preservado, y es precisamente esta autonomía la que se pone en peligro si se desconocen tales limitaciones. A tal efecto, para valorar correctamente la intervención del legislador en relación con la negociación colectiva, conviene tener en cuenta los límites généricos que se deducen del papel de la ley en el sistema de fuentes.

10.- En primer lugar, hay que partir del presupuesto de la no identificación entre ley y derecho. Este ancestral prejuicio positivista, que llevaba a una rígida concepción monista del derecho, aun habiendo sido superado por la evolución de la ciencia jurídica, se presenta a veces arraigado en los modos de operar de los juristas, quizás debido a la fuerza de inercia codificadora iusprivatista. Del mismo modo, tampoco hay que caer en las exageraciones del pluralismo jurídico que, a fuerza de evitar todo "contagio" estatalista, acaba admitiendo una indeterminada pluralidad de ordenamientos jurídicos difusamente coordinados. La apuesta por un sistema jurídico unitario (precisamente la unidad es condición de sistematicidad) impone la reconducción a la unidad de las diversas formas de creación jurídica. El pluralismo jurídico, así entendido, se concreta, no en una pluralidad de ordenamientos, sino, simplemente, en una pluralidad de fuentes dentro de un mismo ordenamiento. La integración del Estado en el sistema jurídico que, de este modo, también queda juridificado, siendo uno de los avances más notables del constitucionalismo moderno, favorece esta visión pluralista del derecho, poniendo de relieve, a su vez, la esencialidad de la nota organizativa del derecho. El derecho, como organización global, se identifica no con la ley, sino con la Constitución. La ley es, por tanto, fruto

de uno de los cauces habilitados por la Constitución para la producción normativa; pero no el único. Junto a él pueden concurrir otros que, con idéntica o mayor idoneidad, han sido habilitados ex profeso para el cumplimiento de los fines consagrados en la Norma Fundamental.

11.- En segundo lugar, es necesario distinguir los planos de la creación y aplicación jurídicas, ya que la actuación de la ley en uno y otro caso está informada por diferentes principios y, en consecuencia, está sujeta a limitaciones de diversa índole. En efecto, directamente conectada con la separación entre juridicidad y normatividad anteriormente esbozada (y fruto, a su vez, de la propuesta metodológica efectuada), la distinción entre el plano creativo y el plano aplicativo deviene esencial para la preservación de la autonomía de la fuente colectiva. De este modo, una eventual superioridad jerárquica de la ley sólo sería concebible en el plano aplicativo, pero no el plano creativo. En el primer caso, con fundamento en una superior función normativa, el principio jerárquico tendría como misión la ordenación de los diversos tipos de normas concurrentes confiriendo una preferencia aplicativa a las de naturaleza legal. La jerarquía consituiría, así, un criterio de selección de la norma aplicable en cada caso. Por el contrario, un eventual recurso al principio jerárquico en el plano creativo significaría la negación de la autonomía de la norma colectiva y, en consecuencia, su completa desnaturalización: a pesar de ser formalmente colectiva, sería materialmente una norma estatal. La necesidad de conjurar este riesgo, evitando la estatalización de la norma colectiva propia de las experiencias corporativas, impone la separación de planos señalada, único medio para, posteriormente, establecer las correspondientes limitaciones a la intervención de la ley en el ámbito de la creación jurídica.

Estas limitaciones, directamente derivadas de la organización material del sistema de fuentes diseñada en el sistema interno, tienen su fundamento en el respeto a los sutiles equilibrios de poder que allí se plasman. La intervención de la ley, por ello, debe consistir en hacer efectivo ese diseño lo que, a pesar de suponer, a veces, que la ley asuma una función de interpretación o revelación de la constitución material, no se trata, en absoluto, de una función discrecional. En todo caso, la distribución de poderes normativos efectuada le viene impuesta de forma inexorable, de manera que sólo está facultada para hacerla efectiva, proyectando sobre el sistema formal de fuentes los cambios que, el devenir histórico-jurídico, provoque en aquellos equilibrios.

12.- En el plano creativo, por tanto, la intervención de la ley en la configuración tipológica del conjunto de fuentes formales ha de limitarse a garantizar la concurrencia de los elementos subjetivos (poder negociador), materiales (contenidos, procedimientos) y formales, que, en cada caso, exige la función normativa asumida por cada instrumento convencional. Todos estos elementos, al estar recogidos en normas positivas, se configuran jurídicamente como las normas sobre la producción jurídica que regulan los procesos creativos de los respectivos tipos convencionales y, en consecuencia, se erigen en requisitos de validez.

Pero ello no quiere decir, sin embargo, que la intervención legal al efecto sea decisiva. La procedencia de las normas sobre la producción jurídica no tiene que ser necesariamente estatal. Antes al contrario, la existencia de un sistema autónomo de normas sobre la producción jurídica no sería sólo preferible, sino que, de verificarse, haría superflua la intervención legal o, al menos la reduciría a un eventual complemento en la medida en que fuese necesario

para la funcionalidad del sistema. Como demuestra la experiencia comparada, lo más común es la existencia de sistemas mixtos, caracterizados por la confluencia de ambos tipos de normas en un enriquecedor proceso de colaboración internormativa.

13.- En el plano aplicativo, el objetivo de la intervención legislativa no es otro que el de garantizar de la eficacia de las normas convencionales. No obstante, dado que estamos ante un término polisémico, conviene aclarar qué tipo de eficacia estamos haciendo referencia, presupuesto necesario para valorar la actuación de legislador en cada caso. En primer lugar, hay que distinguir entre eficacia horizontal o relativa y eficacia vertical o absoluta. La primera es la que despliega la fuente colectiva dentro del sistema de fuentes formales del derecho. Es relativa porque, en última instancia, dependerá de la que ostenten las demás. La intervención de la ley en este plano se concreta en el establecimiento de criterios aplicativos. La eficacia absoluta o vertical, por su parte, es la que la norma proyecta sobre las relaciones de trabajo sometidas a su ámbito de aplicación. A esta vinculabilidad se le denomina comúnmente eficacia normativa y se concreta en el despliegue por la norma de los típicos efectos que se le anundan (imperativo, sustitutivo y automático). El papel de la ley en este aspecto se concreta en el aseguramiento de la vinculabilidad de la norma colectiva, una vez que ha sido válidamente creada. En segundo lugar, conviene distinguir, igualmente, entre eficacia normativa y eficacia personal. La primera, expresiva de la fuerza vinculante de la norma, se refiere a la intensidad de esa vinculabilidad. La segunda, por el contrario, se refiere a la extensión subjetiva del ámbito de aplicación de la norma. Se trata, por tanto, de un aspecto externo a la propia norma que, en ningún caso, afecta a su naturaleza o grado de vinculabilidad. En este último



caso, la intervención de la ley se concreta en una eventual extensión del ámbito de aplicación subjetiva de la norma.

14.- La vinculabilidad o eficacia normativa del convenio colectivo ha sido un aspecto tradicionalmente controvertido. El debate teórico al respecto ha ido evolucionando de forma paralela al progreso de la ciencia jurídica. De este modo, una vez superadas las primeras fundamentaciones realizadas en clave contractualista, las respuestas se han concretado sucesivamente en las llamadas tesis de la delegación, de la recepción y, de la eficacia real. Ninguna de ellas, sin embargo, da cuenta, satisfactoriamente, del fundamento de la vinculabilidad jurídica del convenio colectivo. El motivo de ello no es otro que la configuración de la autonomía colectiva como una vertiente de la autonomía privada por lo que el papel de la ley deviene decisivo: en última instancia, la ley aparece, de forma más o menos directa pero ineludiblemente, como fundamento de la vinculabilidad de la norma convencional. En la mejor de las hipótesis, la originaria autonomía sólo es preservada en el momento de la creación jurídica.

Sólo si se supera la concepción de la autonomía colectiva como un espacio de autorregulación de intereses habilitado por el Estado (autonomía privada), será posible salvar las contradicciones en las que incurrieron, sistemáticamente, las aludidas teorizaciones. De este modo, concebida como fundamento de un auténtico poder normativo (la negociación colectiva), los productos convencionales derivan su vinculabilidad de su conexión directa con ese poder. La intervención de la ley en el aseguramiento de esa eficacia, aparte de ser eventual, se caracteriza por su subsidiariedad y su gradualismo: sólo será efectiva en la medida en que sea necesario para garantizar la fuerza vinculante de la norma convencional. Por otra parte, la eventualidad de que se

produzca esa intervención no es fruto de una valoración de oportunidad efectuada por el legislador. Antes al contrario, se derivaría, en su caso, de un mandato implícito que se deduce de la propia naturaleza del ordenamiento jurídico, concretado en la necesidad de que toda norma producida válidamente sea eficaz. La eficacia no es una condición de validez de la norma. Es el ordenamiento el que debe ser eficaz y, por lo tanto, el que debe garantizar la eficacia de las normas válidamente producidas. La ley no es otra cosa que el instrumento mediante el cual se verifica esa garantía.

15.- De menor trascendencia es, sin embargo, la intervención de la ley en relación con la eficacia personal del convenio. Concretándose en una eventual ampliación de su ámbito de aplicación subjetiva, el papel de la ley se limita al establecimiento de las condiciones a las que somete su actuación. Las técnicas que puede ser arbitradas al efectos difieren de un modelo a otro, en función de si se la ampliación se efectúa ex ante o ex post. En el primer caso, las aludidas condiciones se insertan en el conjunto de las normas sobre la producción jurídica que regulan el tipo convencional al que, por ello, se le asigna de forma automática la especial eficacia. En el segundo caso, la ampliación está sometida a un proceso de verificación de la idoneidad del convenio colectivo para desplegar tales efectos, para lo cual, debe haber cumplido los requisitos legalmente estipulados. En este caso, la extensión necesita de una declaración ex profeso del órgano administrativo habilitado al efecto. En todo caso, conviene tener presente que, con independencia de la técnica utilizada, la actuación de la ley sobre la esfera de la eficacia personal del convenio no afecta de ningún modo a la vinculabilidad del convenio colectivo y, en consecuencia, no altera la calificación jurídica efectuada.

16.- Una vez perfilados a nivel teórico los rasgos que definen la posición de la negociación colectiva como fuente en el sistema jurídico, estamos en disposición de afrontar, de forma específica, el estudio de esa posición en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, siguiendo las directrices metodológicas esbozadas, era preciso desglosar nuestro análisis y examinar, de forma sucesiva pero separada, nuestro modelo constitucional y nuestro modelo legal. La jerarquía de estos dos niveles de análisis trasluce la que se establece entre Constitución y ley; de ahí la importancia de distinguir nítidamente ambos planos, toda vez que la correcta apreciación de los límites a los que debe someterse la intervención legal tiene como presupuesto ineludible la definición del modelo constitucional de negociación colectiva. Por ello, no es sorprendente que la mayor parte de los problemas suscitados en torno a la negociación colectiva en nuestro país tenga su origen, mediato o inmediato, en un cierto solapamiento entre ambos planos.

17.- Partiendo de estas premisas, el estudio del modelo constitucional ha tenido por objeto, en primer lugar, verificar cómo se ha llevado a cabo la incorporación del poder social a nuestro sistema jurídico. Para ello, ha sido preciso indagar en nuestra constitución material (sistema interno), lo que nos ha llevado al descubrimiento de la presencia de elementos que denotan, de manera incontrovertible, que aquella incorporación se ha hecho efectiva. Por otra parte, en el plano de la constitución formal, dicha presencia se delata con el establecimiento de garantías jurídico-formales anudadas a cada uno de los elementos estructurales que conforman el poder colectivo. El reconocimiento de la libertad sindical (28.1 CE) y de los derecho de huelga (28.2 CE) y negociación colectiva (37.1 CE) constituye, de este modo, prueba irrefutable de tal presencia. No obstante, su fundamento se va a encontrar

directamente ligado al sistema de principios y valores plasmado en la CE. En efecto, serán concretamente aquellos principios resultantes de la proyección de la cláusula de Estado Social sobre la parte dogmática (igualdad material y pluralismo social) los que constituyan la expresión más inequívoca de la aludida presencia, toda vez que, la autonomía colectiva se erige en el medio necesario para la realización de los mismos (de ahí su condición de subprincipio jurídico). En otras palabras, sin la presencia de la autonomía colectiva los aludidos principios no tendrían una proyección plena sobre el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, la conexión de la autonomía colectiva con el sistema de valores trae consigo, como consecuencia inmediata, que los avatares del juego de equilibrios existente entre los diversos valores tengan una repercusión directa en la configuración del poder social en el ordenamiento y, por extensión, en la posición de la negociación colectiva en el sistema de fuentes. En este sentido, se pone de relieve la tradicional dicotomía entre Estado Social y Estado de Derecho y la subyacente oposición entre los valores de igualdad y libertad. No en vano, la propia evolución del derecho del trabajo como disciplina jurídica ha estado conectada a esta dicotomía, sufriendo los vaivenes derivados de la misma.

18.- Una vez destacada la presencia incontrovertida de los elementos estructurales de la autonomía colectiva en la CE, verificada a través del respectivo reconocimiento de sus garantías jurídico-formales, era preciso el examen funcional de esta configuración jurídica. De este modo, encontrando su fundamento en el Título Preliminar (arts. 1.1, 7 y 9.2 CE), los rasgos peculiares de la autonomía colectiva en nuestro ordenamiento jurídico se van a derivar del modo en que han sido configurados sus elementos estructurales en el Título

I (arts. 28.1, 28.2 y 37.1 CE). Del mismo modo, tomando como eje del análisis al elemento autonormativo, del examen de los derechos colectivos reconocidos en la CE se desprenden los datos que definen nuestro modelo constitucional de negociación colectiva. Tratándose del reconocimiento de facultades inescindibles entre sí, la respectiva articulación de su protección jurídica coadyuva en la garantía de la autonomía colectiva como poder. Pero al mismo tiempo, constituyendo manifestaciones diversas de ese poder, la aludida garantía exige preservar la independencia funcional de cada una de esas esferas.

Desde esta perspectiva, no deben extraerse consecuencias excesivas de la sistemática constitucional. La exclusión del derecho a la negociación colectiva del ámbito de la esfera de superprotección, representada por la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, donde, sin embargo, permanecen el derecho de huelga y la libertad sindical, no deben suponer la desvaloración comparativa de aquél respecto de éstos. En primer lugar, porque tal exclusión no parece ser el resultado de una concienzuda reflexión dogmático-jurídica del constituyente, sino, más bien, el fruto de un coyuntural juicio de oportunidad política. En segundo lugar, porque el diferente grado de protección que resulta de tal decisión (viabilidad o no del recurso de amparo), aun siendo importante, no debe trascender el estricto plano procesal. La proyección sobre el plano sustantivo de consecuencias que, eventualmente, se concreten en una infravaloración del derecho a la negociación colectiva supone una operación hermenéutica que trastoca la coordinación funcional existente entre las tres facultades protegidas. En tercer lugar, no hay que olvidar que, en ningún caso, el derecho a la negociación colectiva aparece desprotegido. A pesar de que, tratándose de un cauce de expresión normativa (fuente material del derecho), el grado de protección jurídico-constitucional

debería haber sido más elevado, es innegable su carácter de derecho fundamental que impide desconocer las garantías anudadas a tal condición.

19.- El reconocimiento constitucional de la libertad sindical representa la consagración jurídica, a efectos de su protección, del elemento autoorganizativo. Tratándose de la esfera que confiere subjetividad jurídica al poder colectivo, la importancia de este reconocimiento está fuera de toda duda, pues se erige en el presupuesto de toda acción colectiva. La negociación colectiva, en tanto que actividad conducente a la creación de una norma jurídica, necesita de sujetos dotados de poder, es decir, de sujetos organizados. El artículo 28.1 CE se erige, por tanto, en una de las claves para la comprensión del modelo constitucional de negociación colectiva. Ello no obstante, conviene efectuar algunas precisiones en relación a su alcance, especialmente, en lo que se refiere a su conexión con el derecho a la negociación colectiva. En este sentido, a pesar de que de la letra del precepto no se desprenda ningún motivo para la polémica, ha sido una consolidada línea interpretativa del TC la que provoca ciertas distorsiones para el sistema de negociación colectiva. En concreto, la discutible ampliación objetiva del contenido esencial de la libertad sindical ha provocado la integración en el mismo de la negociación colectiva que, de este modo, queda configurado como un simple "derecho de actividad". La negación de la independencia funcional a la esfera autonormativa que esta interpretación trae consigo, no hubiera sido tan grave si la mencionada línea argumental no se hubiera visto acompañada por otra que, simultáneamente restringe el contenido subjetivo de la libertad sindical. Resultado de ello es la desvaloración de la negociación colectiva llevada a cabo por los sujetos colectivos que, a pesar de ser titulares del derecho, no están amparados en su ejercicio por ese máximo nivel de protección que se les

confiere, en exclusiva, a los sujetos sindicales. La distorsión que ello provoca en el sistema de negociación colectiva es notable, y ello, a pesar de no tener proyección directa sobre la calificación jurídica de los diversos productos convencionales.

La solución, por tanto, vendría dada por un repliegue del contenido de la libertad sindical a la esfera autoorganizativa, dejando de la lado la tendencia a considerar autonomía colectiva y libertad sindical como conceptos coextensos. La limitación de esta asimilación al plano objetivo provoca un ensamblaje imperfecto entre titularidad del derecho a la negociación colectiva y titularidad de la libertad sindical que, inexorablemente, conduce a supuestos de infraprotección del ejercicio del poder normativo carentes de justificación. Es preciso, por tanto, la corrección de la aludida línea argumental mediante la revalorización de la negociación colectiva como actividad objeto de tutela. Para ello, es preciso sustuir su dependencia funcional respecto de la libertad sindical por una visión coordinada de los tres elementos estructurales de la autonomía colectiva, donde cada uno de ellos, manteniendo su respectiva función en la integración del poder colectivo, sea objeto de idéntica protección.

20.- La incardinación sistemática del derecho de huelga en la esfera de superprotección evita que una eventual dependencia funcional respecto de la libertad sindical conduzca a resultados similares a los anteriormente examinados. Ello no obstante, la especial configuración subjetiva del derecho de huelga como derecho de titularidad individual, confiere una singular fisonomía a nuestro derecho colectivo, con repercusiones importantes en materia de negociación colectiva. Por un lado, la amplitud de la titularidad del derecho huelga, acorde con la configuración

subjetiva del poder colectivo, impide que los titulares del derecho a la negociación colectiva queden privados de este imprescindible instrumento de autotutela. Por otro lado, la irrenunciabilidad del derecho de huelga evita la existencia de un deber de paz absoluto en nuestro ordenamiento, pero no impide que la huelga, además de esencial instrumento de autotutela colectiva indispensable para integrar el poder negociador, sea asimismo, objeto de negociación. La posibilidad de la existencia de cláusulas de paz convencionales, sin perjuicio de su alcance, debe entenderse como una explícita manifestación del compromiso de fuerzas subyacente a todo proceso negocial.

21.- El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva supone la plasmación mas evidente de la recepción en nuestro ordenamiento de la estructura tridimensional de la autonomía colectiva. En este sentido, la CE se hace eco de la líneas de tendencias dominantes en la actualidad, inequívocamente favorables a un reconocimiento diferenciado de los diferentes derechos colectivos. La finalidad última de este reconocimiento no es otra que la de conferir relevancia constitucional y, consecuentemente, tutela jurídica cualificada a una importante faceta de la autonomía colectiva. Pero no sólo por ello. No hay que olvidar que lo que se está protegiendo es, en realidad, un cauce de producción normativa (fuente material del derecho), dato de indudablemente importancia para comprender el alcance del contenido protegido en el artículo 37.1 CE. De ello se deduce, en primer lugar, que se trata de una protección contra las injerencias que puedan provenir del poder estatal. La articulación jurídico-formal de la negociación colectiva como derecho fundamental, no supone otra cosa que la plasmación del tradicional mecanismo de protección utilizado por la dogmática constitucionalista frente al Estado.



Sin embargo, la, también clásica, identificación de un contenido esencial como presupuesto para limitar la acción del poder estatal encuentra, en relación con el derecho a la negociación colectiva, indudable dificultades aplicativas. De ahí que se optase, alternativamente, por identificar el contenido del art. 37.1 CE con una garantía institucional. Esta calificación, no obstante, no va en detrimento de su protección frente al Estado o, en otras palabras, no significa que el contenido del derecho sea menos inexpugnable para el poder estatal. Antes al contrario, sin menoscabo de esa oposición frente a la intervención legal, supone la articulación de una defensa más ajustada a la naturaleza del contenido objeto de protección. De este modo, aun a pesar de no poder aplicar la tradicional mecánica protectora de los derechos fundamentales (reserva de ley y respeto del contenido esencial), pues la "atipicidad" del derecho a la negociación colectiva impide verificar la existencia de un derecho subjetivo en su contenido, su configuración como garantía institucional protege a la negociación colectiva, en tanto que su funcionalidad como institución depende de su protección frente al Estado. De este modo, la existencia de una reserva de ley en relación con el artículo 37.1 CE sólo sería concebible respecto de la doble garantía (derecho a la negociación y fuerza vinculante de los convenios), pero no del contenido de lo garantizado.

Precisamente este doble papel del Estado (garante y potencial conculcador del derecho) dificulta sobremanera la determinación del contenido del art. 37.1 CE, labor que, sin embargo, es inexcusable para el establecimiento de los límites que ha de observar el legislador. Para ello no hay que perder de vista que, más allá del dato formal, se trata de garantizar la existencia de un poder normativo, es decir, una fuente material del derecho. El mandato dirigido al legislador tiene como objetivo fundamental el aseguramiento

de la funcionalidad de esta fuente. Para lograr este fin, sin embargo, se le abren al legislador dos vías de actuación complementarias. Por un lado, en el plano creativo, dicha funcionalidad puede ser garantizada mediante el establecimiento de un sistema de normas sobre la producción jurídica. Por otro lado, en el plano aplicativo, la garantía se concreta en el aseguramiento de la vinculabilidad jurídica de la norma producida. A ambas esferas hace referencia el doble mandato constitucional contenido en el art. 37.1 CE: la garantía del derecho a la negociación, en el primer caso, y la garantía de la fuerza vinculante de los convenios, en el segundo.

De este modo, la doble previsión contenida en el precepto recoge, con una simetría encomiable, las dos facetas o planos sobre los que, eventualmente, es preciso incidir para lograr la efectividad de la fuente colectiva. Pero como se desprendía del análisis del modelo teórico, esta intervención legislativa se caracteriza por su carácter subsidiario y gradualista y, en todo caso, está limitada por su propio fin.

22.- En nuestro ordenamiento jurídico los límites que proyecta el modelo constitucional sobre la intervención del legislador se van a poner de evidencia a la hora de valorar, el papel de la ley en el proceso de juridificación formal de la negociación colectiva como fuente. La verificación del sometimiento de la ley a estos límites sólo es posible, sin embargo, si se establece una nítida separación entre el plano constitucional y el infraconstitucional. La contraposición entre modelo legal y modelo constitucional, siendo imprescindible para efectuar el correspondiente juicio de constitucionalidad de la actuación de la ley en materia de negociación colectiva, tiene sentido si, partiendo de ese presupuesto, se evita el solapamiento entre ambos planos. La amplitud con que ha sido definido nuestro modelo consitucional no significa que se trate de un modelo

inconcreto o inacabado. Antes al contrario, establece un marco de actuación en el que han de moverse los agentes sociales en sus relaciones recíprocas, pero también la labor del legislador a la hora de contribuir al establecimiento de un determinado modelo. La posibilidad de que este modelo legal sea sometido a revisiones periódicas pone de relieve su esencial carácter contingente y, al mismo, la relativa invariabilidad que, por el contrario, define al modelo constitucional, referente obligado de aquellas revisiones.

En nuestro país, la contraposición entre modelo legal y modelo constitucional ha surgido ante la necesidad de encontrar respuestas teóricas con que resolver un problema práctico: la existencia de una negociación colectiva al margen del diseño legal. La viabilidad jurídica de los convenios colectivos extraestatutarios, siendo difícilmente cuestionable, planteaba complejos problemas a la hora de su inserción en el ordenamiento laboral. Pero, principalmente, se trataba de un problema de calificación jurídica relativo a la naturaleza y efectos de este producto convencional, lo que, inevitablemente, habría de traer a colación la valoración del papel de la ley en dicha calificación. El reconocimiento constitucional de la fuente colectiva limitaba considerablemente el valor que, eventualmente, habría de conferirse a la ley. Pero el problema fundamental era determinar el carácter decisivo o no de la intermediación legal para la calificación de los productos convencionales como fuentes formales del derecho.

La diversidad de las respuestas doctrinales y jurisprudenciales vertidas al efecto han puesto de manifiesto, no obstante, la necesidad de acudir al modelo constitucional de negociación colectiva, primero, para verificar su existencia, y, posteriormente, para descubrir qué límites proyecta sobre la intervención del legislador.

La eficacia directa de la CE y su valor normativo dependían del resultado de esta indagación. Así, desde un punto de vista formal, la inexistencia de límites al legislador derivados de la CE pondría en duda su valor normativo; pero, por otra parte, desde un punto de vista material, ese valor normativo y la propia eficacia directa de la CE dependía de la verificación de un contenido constitucional no susceptible de ser mediatizado por la ley. La búsqueda de ese núcleo irreductible en el artículo 37.1 CE pasaba por la distinción entre el mandato dirigido al legislador, concretado en la doble garantía en la que aquél se desglosa y el objeto de esa garantía, es decir, el contenido implícitamente garantizado: la negociación colectiva como fuente del derecho. Sólo de este modo la supremacía de la CE quedaría a salvo, y no sólo en lo que se refiere a su superioridad jerárquica como norma, sino, principalmente, en relación con la función que cumple en el sistema jurídico. Como consecuencia directa de ello, la intermediación legal no puede ser decisiva en la determinación de la naturaleza y eficacia de los productos de la negociación colectiva. Ni la existencia de la negociación colectiva como fuente material, ni la del convenio colectivo como fuente formal pueden depender de una eventual intervención ex profeso de la ley. La negociación colectiva, como la propia ley, encuentran directamente en la CE su fuerza de obligar y, asimismo, el ámbito material sobre el que, respectivamente, han de proyectarse.

23.- A la vista de lo anterior, del contraste entre nuestro modelo constitucional y nuestro modelo legal de negociación colectiva pueden extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la opción del legislador por un determinado tipo de negociación y de convenio, no agota todas

las posibilidades que pudieran deducirse del modelo constitucional. Pretender lo contrario, es decir, considerar el modelo legal "estatutario" como el exclusivo desarrollo del modelo constitucional, no sólo sería incompatible con el pluralismo que definía este modelo, sino que acabaría desvirtuando la indiscutible superioridad de la norma constitucional sobre la legal, lo que se concreta en el establecimiento de límites a la actuación del legislador en la configuración formal del sistema de fuentes. Lógicamente, la función última de estos límites es sustraer al legislador la posibilidad de desnaturalizar el carácter originariamente autónomo de la negociación colectiva como forma de producción normativa, lo que sería inevitable si, por el contrario, se reconociese una hipotética competencia legal para determinar bajo qué condiciones los productos convencionales son o no normas, o a cuáles de ellos hay que reconocerles eficacia normativa. A la postre, ello significaría atribuir a la ley la potestad de distribuir poderes normativos, algo que le estaría absolutamente vedado, pues sólo a la Constitución corresponde el establecimiento y diseño del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. Como habíamos apuntado, la ley como fuente preordenada por la Constitución es un poder constituido no consituyente, por lo que no puede otorgar, en ningún caso, el privilegio de normar.

En segundo lugar, esas otras posibilidades no tienen que ser necesariamente previstas por la ley. La formalización de los procedimientos de producción normativa, siendo imprescindible para efectividad de la fuente colectiva (y este es el objetivo y la propia razón de ser del proceso de juridificación formal), requiere de un sistema de normas positivas: las llamadas normas sobre la producción jurídica. Pero esto no quiere decir que deban ser normas legales. Antes al contrario, como se deduce de la experiencia comparada, podrían ser perfectamente normas autónomas, lo que, en última

instancia sería incluso más coherente con el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva. Ello implica que, por un lado, sea factible la producción de normas autónomas a pesar de una hipotética pasividad del legislador, más o menos justificada por las circunstancias concurrentes. De este modo, la inactuación legislativa no conllevaría en todo caso un incumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 37.1 CE. Teniendo en cuenta que al legislador sólo le ha sido encomendada la garantía del derecho o, lo que es lo mismo, la preservación de la funcionalidad de la institución, su pasividad sólo será reprochable constitucionalmente en la medida en que sea preciso una actuación garantista. Por el contrario, si no se estima necesaria dicha intervención positiva porque la institución sea autosuficiente para desplegar toda su potencial capacidad normadora, la ausencia de la intervención legal no sólo sería jurídicamente irreprochable, sino incluso conveniente. Pero también significa, por otro lado, que una actuación desmedida o inadecuada del legislador no pueda, en ningún caso, desvirtuar la naturaleza y funcionalidad de la fuente colectiva.

De este modo, no habría ningún obstáculo a la coexistencia de diversos cauces, más o menos procedimentalizados, para la producción de normas convencionales, y ello con independencia del carácter, autónomo o heterónomo, de las normas utilizadas en su formalización. El único requisito exigible para que estos cauces sean tipificados como fuentes formales sería su conexión con la fuente material de procedencia, es decir, deben ser manifestaciones, en el plano formal, de la negociación colectiva como poder normativo (fuente material). Que en la configuración de las fuentes formales se utilicen normas legales o autónomas es irrelevante a estos efectos. En ambos casos, el único juicio que cabe es el de

constitucionalidad, nunca el de legalidad.

En tercer lugar, del sometimiento del modelo estatutario de negociación al mencionado juicio de constitucionalidad no se desprende, en principio, reproche jurídico alguno. La opción del legislador estatutario por la negociación colectiva de eficacia general, en tanto que manifestación de la función promocional y garantista que la CE asigna al legislador, encaja dentro del marco establecido por la CE. La amplitud con que está definido el modelo constitucional permite una solución como la adoptada, y ello a pesar del intervencionismo que denota. Lo único que no sería constitucionalmente admisible, sin embargo, es que dicha opción pretendiera erigirse en la única posible, imposibilitando la negociación colectiva de eficacia limitada. En este caso, el contraste entre modelo legal y modelo constitucional arrojaría como resultado inevitable la inconstitucionalidad de éste. Pero no es esto lo que sucede realmente. Aunque pueda deducirse implícitamente del modo en que se ha producido la intervención legal, no existe, sin embargo, ninguna declaración expresa del legislador que proclame la exclusividad del modelo de negociación por él instaurado y, en consecuencia, la prohibición de cualquier otra forma de negociación. De haberlo hecho así, sería evidente la inconstitucionalidad de la regulación legal. Pero al no hacerlo, sólo la interpretación jurisprudencial que pretendiera dicha exclusividad sería claramente inconstitucional. Por tanto, el único reproche que se le podría hacer al legislador es el de su desatención por otras modalidades negociadoras que, como la de eficacia limitada, serían, incluso, más acordes con el modelo contemplado en la CE. Pero ello no podría dar lugar a una especie de inconstitucionalidad por omisión, y no sólo por la difícil articulación jurídica de dicha pretensión, sino por la falta de fundamento material al efecto, ya que, en todo caso,

estaría expedita la vía para otras posibilidades de negociación que discurriera ajena a los cauces legalmente fijados. La solución vendría por una interpretación integradora que, partiendo de la indiscutible supremacía de la CE, tuviese la virtualidad de colmar las insuficiencias de la regulación legal.

En cuarto lugar, como consecuencia del carácter no decisivo de la intermediación legal en el desarrollo del art. 37.1 CE, el resultado de esta negociación "extralegal" no puede ser comparativamente desvalorado en relación con la "legal", por lo menos, más allá de los límites impuestos por el reconocimiento constitucional (no legal) de la negociación colectiva. En este sentido, siendo el modelo constitucional el referente inmediato, de él se deduce que la naturaleza y eficacia normativas constituye un mínimo predicable de todo tipo de convenio colectivo. Por tanto, la única diferencia que introduce la mediación legislativa se refiere al ámbito de extensión de la eficacia personal, concretándose el plus legal en la concesión de eficacia general a los productos convencionales negociados según sus prescripciones, en plena coherencia, por otra parte, con las exigencias de legitimación contenidas en éstas.

24.- Desde las anteriores premisas, el estudio del modelo legal se ha concretado en el examen del modo en que ha quedado configurado el sistema de fuentes convencionales en nuestro ordenamiento jurídico-positivo. En el plano creativo, dicho examen ha puesto de manifiesto cómo la diferente función normativa de cada tipo de norma convencional proyecta una serie de exigencias de índole subjetivo y material que, necesariamente, han de incluirse en el conjunto de normas sobre la producción jurídica que, respectivamente, disciplinen sus procesos creativos. De este modo, la formalización tipológica de las fuentes



convencionales consiste en el establecimiento de garantías subjetivas y materiales adecuadas a su específica función normativa y que, a la postre, se erigen en condiciones de validez de las normas producidas. Partiendo de la configuración jurídico-formal que proyecta la función sobre cada tipo convencional, hemos podido establecer una distinción entre el convenio colectivo y los acuerdos colectivos. En el primer caso, la existencia de convenios colectivos de distinta eficacia personal (general y limitada) no les confiere autonomía tipológica; definidos por su función, y siendo ésta idéntica, la diversa eficacia personal sólo puede justificar, a la vista de la intervención legal, una diversidad de regímenes jurídicos. El convenio colectivo de eficacia general y el convenio colectivo de eficacia limitada constituyen, por tanto, dos subtipos dentro de la misma categoría convencional. No ocurre lo mismo en relación con los acuerdos colectivos que, como tales, integran un conjunto de fuentes convencionales de diversa tipología. Como grupo, tienen en común el carácter que los diferencia de los convenios colectivos: la ausencia de la vocación de regulación completa que define a éstos o, lo que es lo mismo, el hecho de tener por objeto la regulación de aspectos concretos o parciales dentro de un ámbito específico. En este dato, sin embargo, se concluye la afinidad entre los diversos tipos de fuentes que integra la aludida categoría. Cada acuerdo tiene una función específica dentro del sistema de fuentes convencionales y su existencia responde a necesidades instrumentales de los sujetos colectivos en la ordenación de las relaciones de trabajo. Su diversidad, por tanto, es fruto de las exigencias instrumentales, también variables, que la dinámica negocial impone a los sujetos colectivos en la composición dialéctica de sus intereses, suponiendo, en suma, una modalización de esta composición. De este modo, el acuerdo de empresa, el acuerdo interprofesional y el acuerdo de fin de conflicto, constituyen instrumentos convencionales

cuya misión es la de dar respuesta a esa diversidad de necesidades de ordenación. Como tales, cada uno de ellos tiene una función específica que cumplir que, a su vez, determina una serie de exigencias subjetivas y materiales que formarán el régimen jurídico de cada tipo.

Común a todos los tipos de fuentes convencionales es, por tanto, su normatividad, y ello, a pesar de que, en el terreno aplicativo, la ordenación de sus recíprocas relaciones, exigencia ineludible para hablar de sistema de negociación colectiva, ponga de manifiesto su distinto valor normativo. De este modo, a pesar de que las tentaciones contractualistas estén de nuevo de actualidad, es necesario poner de manifiesto que se trata de una orientación que necesita ser definitivamente superada. Y ello no sólo porque, en general, no resuelve los problemas teóricos y prácticos que plantea la inserción jurídica de los diversos productos de la negociación, más bien, los complica, al introducir otros nuevos, sino, especialmente, por su incompatibilidad con nuestro modelo constitucional que, claramente, ha apostado por situar a la negociación colectiva en el sistema de fuentes diseñado.

El actual debate sobre la flexibilidad debe afectar, sin duda, al sistema de fuentes, ya que, precisamente su función es la de trasladar al derecho positivo los cambios que demanda la evolución social y económica. Pero ello no significa que la flexibilidad haya de proyectarse sobre la propia norma convencional, hasta el punto de que suponga su degradación jurídica a simple contrato. Siendo la función normativa la que define la esencia de la negociación colectiva, la aludida degradación dejaría sin sentido la existencia de la institución en el ordenamiento jurídico. Además, al afectar a la eficacia vertical de los productos convencionales, se reproducirían, de nuevo el viejo debate

sobre el fundamento de la vinculabilidad de los mismos. Por ello, la proyección de las exigencias derivadas de la flexibilidad sobre el sistema de fuentes, aún siendo inevitable, afectará a la ordenación de los diversos productos normativos, pero debe mantenerse al margen de la estructura jurídica de la norma convencional. De este modo, aquellas exigencias sólo podrían concretarse en una redefinición de las relaciones entre las respectivas fuentes colectivas e, incluso, entre éstas y las estatutales. Ello afectaría a la eficacia horizontal, que es relativa, pero dejaría a salvo la eficacia vertical que, por el contrario, debe seguir siendo absoluta. La propia funcionalidad de la negociación como instrumento de ordenación de las relaciones laborales depende la observancia de esta cautela.



## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV.: Autonomía colectiva y autonomía individual.- La dimensión social del mercado único (IX Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), CARL-SEVILLA, 1992.

AA.VV.: Autoridad y democracia en la empresa, TROTTA-MADRID, 1992.

AA.VV.: Comentarios a la ley de libertad sindical, TECNOS-MADRID, 1986.

AA.VV.: Comentarios a la nueva legislación laboral, TECNOS-MADRID, 1985.

AA.VV.: Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Convenios Colectivos: Puntos críticos (T. XII-V. 2º), EDESA-MADRID, 1985.

AA.VV.: Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: Puntos críticos (T. XII V. 2º), EDESA-MADRID, 1995.

AA.VV.: Comentarios al AMI sobre negociación colectiva, IES-MADRID, 1980.

AA.VV.: Comentarios al convenio general de la construcción, MADRID, 1993.

AA.VV.: Concertación social, neocorporativismo y democracia, MTSS-MADRID, 1991.

AA.VV.: Constitución y Derecho del Trabajo (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), MP-MADRID, 1992

AA.VV.: Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale, ANCONA, 1985.

AA.VV.: Contrattazione decentrata e rapporto di lavoro, GIUFFRÈ-MILANO, 1988.

AA.VV.: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea), MTSS-MADRID, 1990.

AA.VV.: Derecho y economía en el Estado Social, TECNOS-MADRID, 1988.

AA.VV.: Derecho y economía en el Estado Social, TECNOS-MADRID, 1988.

AA.VV.: El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa (AEDTSS), TECNOS-MADRID, 1996; p. 199 ss.

- AA.VV.: El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional. II Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva, MTSS-MADRID, 1990.
- AA.VV.: El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los ochenta, IRL-ZARAGOZA, 1983.
- AA.VV.: El desarrollo de la Constitución española de 1978, ZARAGOZA, 1982.
- AA.VV.: El trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales, UZA(IRL)-ZARAGOZA, 1982.
- AA.VV.: Estructura y contenido de la negociación colectiva en España, ACARL-MADRID, 1987.
- AA.VV.: Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, TECNOS-MADRID, 1980.
- AA.VV.: Estudios sobre el Estado Social, TECNOS-MADRID, 1993.
- AA.VV.: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría (T. II); CIVITAS-MADRID, 1991.
- AA.VV.: Estudios sobre flexibilidad laboral y nuevos comportamientos sindicales, RFDUCM-14, MADRID, 1988.
- AA.VV.: Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco de Ferrari, MONTEVIDEO, 1973.
- AA.VV.: Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el ET, IES-MADRID, 1981.
- AA.VV.: Grupos de empresas y Derecho del Trabajo, TROTTA-MADRID, 1994.
- AA.VV.: Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, USE-SEVILLA, 1978.
- AA.VV.: III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS (TLB)-VALENCIA, 1993.
- AA.VV.: In memoriam Sir Otto Kahn-Freund, MUNICH, 1980.
- AA.VV.: Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral, IELSS-MADRID, 1985.
- AA.VV.: Jornadas sobre derecho del trabajo y Constitución, IELSS-MADRID, 1985.
- AA.VV.: Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, IELSS-MADRID, 1985.
- AA.VV.: La Constitución española y las fuentes del derecho (V. I, II, III), IEF-MADRID, 1979.

AA.VV.: La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático, CIVITAS-MADRID, 1981.

AA.VV.: Derechos económicos sociales y culturales, UM-MURCIA, 1981.

AA.VV.: La détermination des conditions minimales de travail par l'Etat, QUEBEC, 1980.

AA.VV.: La flexibilidad laboral en España, IURL-ZARAGOZA, 1993.

AA.VV.: La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo. VI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL-SEVILLA, 1989.

AA.VV.: La negociación colectiva en las PYMES, IMPI(MIE)-MADRID, 1982.

AA.VV.: La reforma de la negociación colectiva, MP-MADRID, 1994.

AA.VV.: La reforma del Estatuto de los Trabajadores, LA LEY-MADRID, 1994.

AA.VV.: La reforma del mercado de trabajo, LEX NOVA-VALLADOLID, 1994.

AA.VV.: La reforma del mercado de trabajo, AE-MADRID, 1993.

AA.VV.: La tutela de la libertad sindical.- Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral (III Jornadas de Estudio sobre Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), FUJ-JEREZ, 1985.

AA.VV.: Las fuentes del derecho (Primeres Jornades jurídiques de Lleida), UBA-BARCELONA, 1983.

AA.VV.: Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, PMPCA-CORDOBA, 1983.

AA.VV.: Le fonti di diritto del lavoro, GIUFFRÉ-MILANO, 1962.

AA.VV.: Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y del Peso, SPUC-MADRID, 1980.

AA.VV.: Les sources du droit du travail, CECA (EUROLIBRI)-PARIS, 1962.

AA.VV.: Les sources du droit, APhD-27, PARIS, 1982.

AA.VV.: Les transformations du droit du travail. Études offertés à G. Lyon-Caen, DALLOZ-PARIS, 1989.

AA.VV.: Lecture di Diritto Sindacale, JOVENE-NAPOLI, 1991.



AA.VV.: Ley de huelga, ISE-MADRID, 1993; p. 45.

AA.VV.: Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS-MADRID, 1993.

AA.VV.: Los trabajadores y la Constitución, SELSA-MADRID, 1980.

AA.VV.: Los valores superiores, TECNOS-MADRID, 1986.

AA.VV.: Negociación colectiva y Comunidades Autónomas, TECNOS-MADRID, 1991.

AA.VV.: Negociación colectiva y solución de conflictos

AA.VV.: Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales (XI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), CARL/TROTTA-MADRID, 1994.

AA.VV.: Normas estatales y negociación colectiva en materia laboral, CEOE-MADRID, 1988.

AA.VV.: Per una disciplina legislativa del contratto collettivo, UIT-TORINO, 1986.

AA.VV.: Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento (IV Jornadas de estudio sobre Negociación Colectiva), MTSS(CCNCC)-MADRID, 1991.

AA.VV.: Problemas actuales de la negociación colectiva, ACARL-MADRID, 1984.

AA.VV.: Problemas de legitimación en el Estado Social, TROTTA-MADRID, 1991.

AA.VV.: Quince lecciones sobre convenios colectivos, UCM-MADRID, 1976.

AA.VV.: Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello (Atti delle giornate di studio di Arezzo), GIUFFRÈ-MILANO, 1982.

AA.VV.: Reforma laboral y negociación colectiva (VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva), MTSS-MADRID, 1995.

AA.VV.: Relations professionnelles: problèmes d'actualité. Négociations collectives et conflits du travail, Cahiers de l'institut international d'études sociales, n° 7, LSE-PARIS, 1968.

AA.VV.: Seminario sobre negociación colectiva. (Los convenios colectivos extraestatutarios y su relación con los convenios

colectivos estatutarios), CEOE-MADRID, 1984.

AA.VV.: Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo, MURCIA, 1978.

ADAM: "La negotiation collective en France: elements de diagnostic", DS-78, p. 420 y ss.

ADAM: "Le contexte économique et relationnel de la negociation collective dans l'entreprise", JCP-8/85.

ALARCÓN CARACUEL: "Un concepto clásico de la relación entre ley y convenio", en Las relaciones laborales y la reorganizaicón del sistema productivo, CÓRDOBA, 1983, p. 47 ss.

ALARCÓN CARACUEL: "La vigencia del principio <<pro operario>>", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, p. 835 ss.

ALARCÓN CARACUEL: "Estado Social y Derecho del Trabajo", en Constitución y Derecho del Trabajo (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional); p. 9 ss.

ALARCÓN CARACUEL: "La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos", en La reforma de la negociación colectiva, p. 51 ss.

ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO: "Los pactos o acuerdos de empresa: naturaleza y régimen jurídico", RL-4/95, p. 115 ss.

ALIPRANTIS: La place de la negociation collective dans la hierarchie des normes, LGDJ-PARIS, 1980.

ALIPRANTIS: "Conflits entre conventions collectives de niveaux différents: étude comparative", RIDC-1/87, p. 7 ss. (traducido al castellano en RL-87(II), p. 129 ss).

ALONSO OLEA: Pactos colectivos y contratos de grupo, IEP-MADRID, 1955.

ALONSO OLEA: Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, TECNOS-MADRID, 1983.

ALONSO OLEA: Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la Constitución, CIVITAS-MADRID, 1990.

ALONSO OLEA: "Fuentes de la relacion laboral y criterios de aplicación", en Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores, IES-MADRID, 1981.

ALONSO OLEA: "Introducción: origen, desenvolvimiento y significado actual del convenio colectivo" en, Quince

lecciones sobre convenios colectivos, p. 9 ss.

ALONSO OLEA: "La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno", en Estudios en memoria del Profesor Bayón Chacón, p. 13 ss.

ALONSO OLEA: "La Constitución y las fuentes del Derecho del Trabajo", en El trabajo en la Constitución española, p. 13 ss.

ALONSO OLEA: "La potestad reglamentaria en la doctrina del Tribunal Constitucional", en Jornadas sobre enjuiciamiento laboral, p. 693 ss.

ALONSO OLEA: "El concepto de convenio colectivo", en Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco de Ferrari, p. 3 ss.

ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE: Derecho del Trabajo (13ª Ed.), SPFDUCM-MADRID, 1993.

ALVAREZ ALCOLEA: "Participación del trabajador en la empresa y Constitución", en El Trabajo en la Constitución (II Coloquio sobre Relaciones Laborales), p. 187 ss.

ANSELEK: "Brèves réflexions sur la notion de 'sources du droit'", en Les sources du droit., p. 251 ss.

APARICIO PÉREZ: "El Estado Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Estudios sobre el Estado Social, p. 47 ss.

ARAGÓN REYES: Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional, BOGOTÁ, 1986.

ATIAS: "Quelle positivité? Quelle notion de droit?", en Les sources du droit, p. 9 ss.

AUBERT: "Les conventions collectives et la paix du travail en Suisse", RIT-3/89; p. 411 ss.

AUBERT: Les conflits de conventions collectives de travail, NBDJ-LAUSANNE, 1957.

BADENES GASSET: Metodología del derecho, BOCH-BARCELONA, 1959.

BALAGUER CALLEJÓN: Fuentes del derecho. Principios del ordenamiento constitucional (Vol.I), TECNOS-MADRID, 1992.

BALLESTRERO: "La négociation d'entreprise. L'expérience juridique italienne", DS 7-8/90, p. 653 ss.

BALLESTRERO: "Rifessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi", RIDL-89 (I); p. 357 ss.

**BALLESTRERO:** "La flessibilita nel diritto del lavoro.- Trppi consensi?", LD-87, p. 289 ss.

**BAÑO LEON:** Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria, CIVITAS-MADRID, 1990.

**BAÑO LEÓN:** "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", REDC-24/88, p. 155. ss.

**BARCELLONA:** "Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social", en Problemas de legitimación en el Estado Social, p. 29 ss.

**BASILE:** "Los <<valores superiores>>, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático, p. 263 ss.

**BATIFFOL:** Les sources du droit, Préface, APhD-27/82.

**BAYLOS GRAU:** Derecho de huelga y servicios esenciales, TECNOS-MADRID, 1988 (2ª Ed.).

**BAYLOS GRAU:** Derecho del trabajo: modelo para armar, TROTTA-MADRID, 1991.

**BAYLOS GRAU:** "Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles", Autoridad y democracia en la empresa, TROTTA-MADRID, 1992; p. 157 ss.

**BAYLOS GRAU:** "Institucionalización sindical y prácticas neocorporativas. El caso español (1977-1987)", RT-91/88.

**BAYLOS GRAU:** "La institucionalización de la actuación sindical como elemento de mediación frente a la crisis", REDT-21/85.

**BAYLOS GRAU:** "La intrincada frondosidad de los Acuerdos Tripartitos. Sobre la naturaleza jurídica del AES", La Ley, 1985, p. 1166 ss.

**BAYLOS GRAU/CRUZ VILLALÓN/FERNÁNDEZ LÓPEZ:** Instituciones de Derecho Procesal Laboral, TROTTA-MADRID, 1995.

**BAYLOS GRAU/DESDENTADO BONETE,** "Convenio de eficacia limitada e ingerencia antisindical", GS-7/80; p. 21 ss.

**BAYÓN CHACÓN:** "La evolución histórica de la contratación colectiva en España", en Quince lecciones sobre convenios colectivos, cit., p. 35 ss.

**BÉLIER:** "Les derogations au droit du travail dans des nouveaux contrats d'entreprise: réflexions critiques sur certains projets", DS-1/86, p. 49 ss.

BÉLIER: "Les incertitudes de la négociation d'entreprise dans le domaine des relations sociales", DS-88, p. 724 ss.

BERGEL: Théorie générale du droit, DALLOZ-PARIS, 1989.

BETTI: "Sulla base giuridica del potere regolamentare", RDP-1927, p. 2 ss.

BETTINI, M.N.: "Contratto collettivo di diverso livello e diritti quesiti", DLA-87(II); p. 401 y ss.

BLANC-JOUVAN: "La négociation collective d'entreprise: l'expérience des États-Unis", DS 7-8/90; p. 638 ss.

BLANC-JOUVAN: "La négociation d'entreprise en droit comparé", DS-11/82; p. 718 ss.

BLASCO PELLICER: "Autonomía individual, autonomía colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo", RL-95(I), p. 565 ss.

BOBBIO: Teoría de la norma jurídica, GIAPPICHELLI-TORINO, 1958.

BOBBIO: Teoría dell'ordinamento giuridico, GIAPPICHELLI-TORINO, 1960.

BOBBIO: Dalla struttura alla funzione, MILANO, 1984.

BOBBIO: Il futuro della democrazia, TORINO, 1984.

BOBBIO: Stato, governo e società.- Per una teoria generale della politica, TORINO, 1985.

BOBBIO: Contribución a la Teoría del Derecho, DEBATE-MADRID, 1990.

BOBBIO: "Derecho y ciencias sociales", en Contribución a la teoría del Derecho, cit., p. 219 y ss.

BOBBIO: "El análisis funcional del derecho: tendencias y problemas", en Contribución a la Teoría del Derecho, cit., p. 255 ss.

BOBBIO: "Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen", en Contribución a la Teoría del Derecho, cit., p. 235 ss.

BOBBIO: "Kelsen et les sources du droit", APdD-27/82, p. 135 ss.

BOBBIO: "La función promocional del derecho", Contribución a la Teoría del Derecho, p. 371 ss.

BOBBIO: "Normas primarias y normas secundarias", en Contribución a la Teoría del Derecho, p. 307 ss.

**BOBBIO:** "Sobre el principio de legitimidad", en Contribución a la Teoría del Derecho, p. 297 ss.

**BONNECHÈRE:** "Les tendances à la dérèglementation et leur incidence sur la théorie des sources en droit du travail", DS-1/90; p. 40 ss.

**BORENFREUND:** "La résistance du salarié à l'accord collectif: l'exemple des accords dérogatoires", DS 7-8/90; p. 626 ss.

**BORRAJO DACRUZ:** Introducción al Derecho del Trabajo, TECNOS-MADRID, 1989.

**BORRAJO DACRUZ:** "Los convenios colectivos en el nuevo marco de relaciones laborales (Una introducción al Estatuto de los Trabajadores)", RES-1/79, p. 37 ss.

**BORRAJO DACRUZ:** "La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español", RPS-126/80, p. 17.

**BORRAJO DACRUZ:** "Eficacia jurídica del AES", AL-14/85, p. 721 ss.

**BORRAJO DACRUZ, E.:** "Modelos normativos de negociación colectiva en Europa: cuadro general", AL-43/91; p. 549 y ss.

**BORRAJO DACRUZ:** "La regulación de las condiciones de trabajo en España: poderes normativos y autonomía individual", en La reforma del mercado de trabajo, AE-MADRID, 1993, p. 1063 ss.

**BORRAJO DACRUZ:** "¿Reforma laboral o nuevo derecho del trabajo?", AL-34/94, p. 543 ss.

**BORTONE/CURZIO:** Il contratto collettivo, UTET-TORINO, 1984.

**BRETHER:** De la nature juridique de la convention collective de travail, Tesis doctoral, BURDEOS, 1921.

**BRIGUORI SPINA:** "Contributo all'analisi dei rapporti tra la norma inderogabile e il contratto collettivo", RIDL-82(I), p. 249 ss.

**BRUNHES:** "La flexibilité du travail.- Reflexions sur les modèles européens", DS-89; pp. 251 y ss.

**CABEZA PEREIRO:** La buena fe en la negociación colectiva, EGAP-SANTIAGO DE COMPOSTELA, 1995.

**CALAMANDREI:** "Significato costituzionale del diritto di sciopero", RGL-52(I), p. 221 ss.

**CALSAMIGLIA:** Introducción a la ciencia jurídica, ARIEL-BARCELONA, 1986.

**CAMPOS ALONSO:** "La negociación colectiva en la Constitución",

en Jornadas sobre Derecho del Trabajo, p. 385 ss.

CAMPOS ALONSO: "Validez de los convenios colectivos de trabajo" en, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores (T. XII, V. 2), p. 144 ss.

CAMPS RUIZ: Los principios de norma mas favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del derecho del trabajo, TD-MTSS, 1976.

CAMPS RUIZ: "Los conflictos entre normas laborales", en Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los trabajadores, IES-MADRID, 1981.

CAMPS RUIZ: "La condición más beneficiosa", en III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS (TLB)-VALENCIA, 1993, p. 230 ss.

CAMPS RUIZ: "Adhesión y extensión de convenios colectivos" (I y II), AL 9-10/93; p. 145 ss.

CAMPS RUIZ: "Sobre el papel del reglamento en el ordenamiento laboral", RTSS-2/91; pp. 7 y ss.

CAMPS RUIZ: "Comentarios al artículo 3 ET", en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, EDESA-MADRID, 1981.

CAMPS RUIZ/SALA FRANCO: "El deber de negociar, el principio de no concurrencia y el cambio de unidad de negociación", PJ 12/88.

CARAVITA/LUCIANI: "La ridefinizione del sistema della fonti: note e materiali", PD-86, p. 263 y ss.

CARNELUTTI: Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro, CEDAM-PADOVA, 1932.

CARNELUTTI: Metodología del derecho, UTHA-MEXICO, 1940.

CARNELUTTI: Teoría general del derecho, ERDP-MADRID, 1941.

CARNELUTTI: "Contratto Collettivo", DLA-1928 (II), p. 181.

CARRIER: La estrategia de las negociaciones colectivas, TECNOS-MADRID, 1982, p. 48.

CASAS BAAMONDE: Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación, AKAL-MADRID, 1984.

CASAS BAAMONDE: "Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas", REDT-1/80, p. 15 ss.

CASAS BAAMONDE: "Política legislativa y crisis económica en el Estatuto de los Trabajadores: sobre las nuevas formulaciones...", en Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores,

IES-MADRID, 1981.

**CASAS BAAMONDE:** "Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el derecho del trabajo de la crisis", SPFDUCM-MADRID, 1984, p. 54 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones", REDT-12/85; p. 301 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español", REDT-24/85; p. 515 y ss.

**CASAS BAAMONDE:** "Sobre el marco autónomo vasco de relaciones laborales y el acuerdo sobre procedimientos de solución de conflictos colectivos", RL-85 (I), p. 1.165 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "Revisión en amparo de la constitucionalidad de los convenios colectivos", REDT-38/89, p. 317 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "Democracia, representatividad y afiliación sindicales", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, p. 589 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "Justicia constitucional y representatividad sindical", TL 19-20/1990, p. 45 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "La individualización de las relaciones laborales", p. RL 20-21/91, p. 126 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "La solución extrajudicial de los conflictos laborales", RL 16-17/92, p. 1 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "Derecho de huelga y Constitución ¿nuevas perspectivas?", RL-7/94; p. 1 ss

**CASAS BAAMONDE:** "Arbitrajes de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva", RL-15/94, p. 1 ss.

**CASAS BAAMONDE:** "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", en La reforma del Estatuto de los Trabajadores, LA LEY-MADRID, 1994; p. 292 ss.

**CASAS BAAMONDE/BAYLOS GRAU:** "Organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo", RL-88(II); p. 159 y ss.

**CASAS BAAMONDE/ESCUDERO RODRÍGUEZ:** "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", REDT-17/84; p. 51 ss.

**CASAS BAAMONDE/BAYLOS GRAU/ESCUDERO RODRÍGUEZ:** "Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo español", RL-87 (II), p. 315 ss.



**CASAS BAAMONDE/BAYLOS GRAU/ESCUDERO RODRÍGUEZ:** "El Estatuto de los Trabajadores diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", RL 6-7/90; p. 23 ss.

**CASCAJO CASTRO:** La tutela constitucional de los derechos fundamentales, CEC-MADRID, 1988.

**CASTAN TOBEÑAS:** Derecho Civil español, común y foral, T. I.I (12ª ed.), REUS-MADRID, 1980.

**CASTELVETRI:** "L'origini dottrinali del diritto del lavoro", RTDPC-87; pp. 246 y ss.

**CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ:** "La tutela de la libertad sindical", en Comentarios a la ley de libertad sindical, p. 343 ss.

**CATADUELLA:** "Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche", RIDL-91/1, p. 24 ss.

**CATALINI TONELLI:** "Gli accordi trilaterali e la garanzia costituzionale dell'autonomia collettiva", RGL-85(I), p. 381 ss.

**CAVAS MARTÍNEZ:** "Leyes de presupuestos e intervencionismo estatal en la negociación colectiva del sector público", RTSS-(jul/sep)-92, p. 7 ss.

**CAVAS MARTÍNEZ:** "Criterios jurisprudenciales sobre las relaciones entre ordenanza laboral y convenios colectivos", AS-92(I); p. 2541 ss.

**CEBRIAN BADIA:** "Los convenios colectivos y la eficacia de las leyes", AL-46/88; p. 2421 y ss.

**CESARINI SFORZA:** El derecho de los particulares, CIVITAS-MADRID, 1986.

**CESARINI SFORZA:** "Preliminari sul diritto collettivo", ASC-1936, p. 27 ss.

**CLARK/WEDDERBURN:** "La giuridificazione nel diritto del lavoro britannico", DLRI-86; p. 276 ss.

**CLEGG, H.:** El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva, MTSS-MADRID, 1985.

**COIN:** "L'accord national interprofessionnel du 21 mars 1989 sur l'aménagement du temps de travail", DS-89, p. 500 ss.

**COLLADO:** "Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresas", en p. 273 ss.

**CONDE MARTÍN DE HIJAS:** "El control administrativo y judicial del cumplimiento del convenio colectivo (I)", AL-46/91, p. 583.

CONDE MARTÍN DE HIJAS: "Las partes en el nuevo proceso de impugnación de convenios colectivos", AL-36/90, p. 423.

CORDOVA: "La négociation collective dans les pays industrialisés" RIT-78; p. 459 ss.

COUTURIER, G.: Droit du travail.- 2/ Les relations collectives de travail, PUF-PARIS, 1991.

CRISAFULLI: "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", RTDP-1960, p. 775 ss.

CRUZ VILLALÓN: La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente, TROTTA-MADRID, 1992.

CRUZ VILLALÓN, J. : "La intervencion de las comisiones paritarias del convenios colectivos en la resolución de conflictos", RPS-146/85; pp 203 y ss.

CRUZ VILLALÓN: "El reconocimiento legal de la representación y la acción sindical en la empresa", en Comentarios a la ley de libertad sindical, p. 219 ss.

CRUZ VILLALÓN: "La negociación colectiva en los grupos de empresas" en Grupos de empresas y Derecho del Trabajo, TROTTA-MADRID, 1994; p. 273 ss.

CRUZ VILLALÓN: "El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994", en La reforma del Estatuto de los Trabajadores, LA LEY-MADRID, 1994; p. 116 ss.

CRUZ VILLALÓN/GARCÍA MURCIA: "La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)", RPS-137/83, p. 445 ss.

CHALARON: Négociations et accords collectifs d'entreprise, LITEC-PARIS, 1990.

CHALARON: "Conventions et accords collectifs" JCP-2/89, F. 19-15.

CHALARON: "L'application de la disposition la plus favorable" en Les transformations du droit du travail. Études offertes à G. Lyon-Caen, DALLOZ-PARIS, 1989, p. 243 ss.

CHAUCHARD, J.P.: La conception française de la négociation et de la convention collective de travail, Tesis doctoral, PARIS, 1984.

CHAUCHARD: "Les accords de fin de conflit", DS-11/82, p. 678 ss.

CHEVILLARD: "La notion de disposition plus favorable", DS-4/93, p. 363 ss.

CHOUGIAS: "Les Fondaments de la Science de droit selon les conceptions contemporaines dominantes", en Les sources du droit, p. 182 ss.

CHOURAQUI/GAUTIER: "Les accords d'entreprise:; de quel niveau parle-t-on?", DS-1/88; p. 17 ss.

D'ANTONA: "La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo", RL 20-21/91, p. 8 ss.

DAHRENDORF, R.: La flexibilidad del mercado de trabajo, MTSS-MADRID, 1986.

DASSA: "Conflits ou négociation? Les grèves, leurs résultats et la taille des entreprises", ST-1/83; p. 32 ss.

DÄUBLER: "La huelga en la Constitución Española", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 83.

DÄUBLER: Derecho del Trabajo, MTSS-MADRID, 1994.

DE ASIS ROIG: "La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978", en La Constitución Española de 1978, p. 169 ss.

DE CASTRO: Derecho Civil de España (Vol. I, T. I), IEP-MADRID, 1949.

DE LA VILLA GIL: La participación de los trabajadores en la empresa, IEE-MADRID, 1980.

DE LA VILLA GIL: Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática, MTSS-MADRID, 1985;

DE LA VILLA GIL: Estudio preliminar a la edición española en CARRIER, La estrategia de las negociaciones colectivas, TECNOS-MADRID, 1982.

DE LA VILLA GIL: "Naturaleza del acuerdo marco interprofesional", en Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral, IELSS-MADRID, 1985, pp. 12 ss.

DE LA VILLA/DESDENTADO: "El peligro de injerencia de la autoridad administrativa en el control de legalidad del convenio colectivo", REDT-9/82, p. 661 ss.

DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS: "Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983", RL-85; p. 243 ss.

DE LA VILLA/GARCÍA-PERROTE: "La modificación del convenio colectivo durante su vigencia", AL-32/92, p. 555 ss.

DE LA VILLA/GARCÍA BECEDAS/GARCÍA-PERROTE, Instituciones de Derecho del Trabajo (2ª Ed.), CERA-MADRID, 1991.

- DE LOS MOZOS: Derecho civil español (V. I), SALAMANCA, 1977.
- DE LOS MOZOS: Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas", CIVITAS-MADRID, 1988.
- DE LOS MOZOS: Prólogo a CABALLERO GONZÁLEZ, Los convenios colectivos, SEGOVIA, 1974.
- DE LUCA TAMAJO: La norma inderogabile nel diritto del lavoro, JOVENE-NAPOLI, 1976; p. 124 ss.
- DE LUCA TAMAJO: "L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva", RIDL-85(I), p. 16 ss.
- DE MARINIS: "La concezione contrattualistica del diritto del lavoro tra deregolazione e giuridificazione", DL-91, p. 328 ss.
- DEL PUNTA: "Il contratto aziendale nella dottrina italiana", RIL-89 (I); p. 248 ss.
- DE OTTO PARDO: Derecho constitucional. Sistema de fuentes, ARIEL-BARCELONA, 1987.
- DE OTTO PARDO: "La regulación de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en MARTÍN RETORTILLO/DE OTTO PARDO: Derechos fundamentales y Constitución, CIVITAS-MADRID, 95 ss.
- DE VEGA GARCÍA: "La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", en Derecho y economía en el Estado Social, p. 123 ss.
- DEL PESO Y CALVO: "La seguridad jurídica en lo laboral. Fuentes de este derecho, jerarquía, prelación y aplicabilidad", RFDUM-20/64, p. 157 ss.
- DEL REY GUANTER: Naturaleza jurídica del convenio colectivo, derecho de huelga y paz laboral en el ordenamiento jurídico italiano, IELSS-MADRID, 1984.
- DEL REY GUANTER: Negociación colectiva y paz laboral, IELSS-MADRID, 1984.
- DEL REY GUANTER: La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994, TLB-VALENCIA, 1995;
- DEL REY GUANTER: "Los convenios colectivos de franja", REDT-84, p. 93 ss.
- DEL REY GUANTER: "Leyes de presupuestos del Estado y acuerdos interprofesionales en la limitación de las rentas salariales", RL-87 (I), p. 429 ss.
- DEL REY GUANTER: "La aplicación de los valores superiores de la Constitución en el Derecho del Trabajo", RL-6/88, p. 367

ss.

DEL REY GUANTER: "Los medios de solución de conflictos colectivos de intereses y jurídicos, RL 16-17/92, p. 17.

DEL REY GUANTER: "Transformación del sistema de negociación colectiva y <<refundación>> de la teoría jurídica de los convenios colectivos", en La reforma de la negociación colectiva, p. 9 ss.

DEL REY GUANTER: "Los despidos por <<causas empresariales>> y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)" en, La reforma del Estatuto de los Trabajadores, p. 204.

DEL REY GUANTER: "Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en La reforma laboral de 1994, p. 208 ss.

DELL'ACQUA: "La valità giuridica tra forma e integrazione", DES-94/4; p. 596.

DESCARTES: Discurso del método, MADRID, 1979.

DESDENTADO BONETE: "Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos", en Los problemas actuales de la negociación colectiva, p. 141 ss.

DESDENTADO/GARCÍA-PERROTE: "En torno a los problemas del convenio de eficacia limitada en derecho español", REDT-4/80; pp. 537 ss.

DESPAX: Negotiations, conventions et accords collectifs, DALLOZ-PARIS, 1989.

DESPAX: "La place de la convention d'entreprise dans le système conventionnel", DS-1/88, p. 8 ss.

DESPAX: "La mesure de l'application de la loi sur les conventions collectives à la négociation d'entreprise: les accords en marge de la loi", DS-82, p. 672.

DESPAX: "Les paradoxes de la négociation d'entreprise", en ; p. 267 ss.

DIÉGUEZ CUERVO: "La negociación colectiva en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT", RPS-112/76; p. 39 ss.

DIÉGUEZ CUERVO: "Nueva lección sobre la negociación colectiva informal", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, p. 237 ss.

DIEZ-PICAZO, L.: Experiencias jurídicas y teoría del derecho, ARIEL-BARNA, 1987.

DIEZ-PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho civil patrimonial

(I), CIVITAS-MADRID, 1993.

DIEZ-PICAZO, L.: "Constitución y fuentes de derecho" en La Constitución española y las fuentes del derecho, MADRID-IEF, 1979; V. I, p. 653 ss.

DIEZ-PICAZO, L.: "La doctrina de las Fuentes del Derecho", en ADC-84, p. 933 ss.

DIEZ PICAZO, L.M.: "Constitución, ley, juez", REDC 15/85, p. 9 ss.

DIEZ-PICAZO, L.: "¿Una nueva doctrina general del contrato?", ADC-93, T.46, p. 1705 ss.

DIEZ-PICAZO, L.M.: "Concepto de ley y tipos de leyes", REDC-24/88, p. 47 ss.

DOCKÈS: "L'avantage individuel acquis", DS-93, p. 826 ss.

DUFOUR: "La théorie des sources du Droit dans l'Ecole de Droit historique", en Les sources du droit, p. 119 ss.

DUGUIT: Traité du droit constitutionnel (V. I, II, II), BOCCARD-PARIS, 1927.

DUGUIT: Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état, PARIS, 1927.

DURÁN LÓPEZ: "El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales" en Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, p. 524 ss.

DURÁN LÓPEZ: El Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, MTSS-MADRID, 1985.

DURÁN LÓPEZ: Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo, MTSS-MADRID, 1992.

DURÁN LÓPEZ: "El convenio colectivo en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo: las relaciones ley-convenio colectivo. El papel de la autonomía individual", en La negociación colectiva, CDJ (CGPJ)-MADRID, 1992, p. 252 ss.

DURÁN LÓPEZ: "La negociación colectiva y la vigencia de las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas laborales", RL-2/90, p. 7 ss.

DURÁN LÓPEZ: "Problemas de la extensión de los convenios colectivos", en Problemas actuales de la negociación colectiva, cit., p. 21 ss.

DURÁN LÓPEZ: "Sindicatos y crisis económica", REDT-8/81; p. 429 ss.

DURÁN LÓPEZ: "La extensión de los convenios colectivos: naturaleza y competencias de las Comunidades Autónomas", RL-4/88, p. 161 ss.

DURÁN LÓPEZ: "Sindicatos y salida concertada de la crisis", PEE-22/85, p. 316 ss.

DURÁN LÓPEZ: "Organización y acción sindical en la empresa", en Sindicalismo y Relaciones de Trabajo, p.151 y ss.

DURÁN LÓPEZ: "El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva", RL-15 Y 16/90; p. 7 y ss.

DURÁN LÓPEZ: "Sucesión de convenios y cambio de unidad de negociación", REDT-61/93, p. 673 ss.

DURÁN LÓPEZ/SÁEZ LARA: "Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo", RL 20-21/91, p. 106 ss.

DURÁN LÓPEZ/SÁEZ LARA: "Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDT-52/92; p. 165 ss.

DURAND: "Le dualisme de la convention collective de travail", RTDC-39, p. 353 ss.

ESCUDERO RODRÍGUEZ: La representatividad de los sindicatos españoles en el modelo laboral español, MADRID, 1990.

ESCUDERO RODRÍGUEZ: Los sujetos de los convenios de empresa. Representantes unitarios y representantes sindicales, MTSS-MADRID, 1985.

ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Sindicatos de Comunidad Autónoma y negociación colectiva de ámbito estatal", DL-34/91, p. 67 ss.

ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Sobre la eficacia general o limitada del convenio colectivo", REDT-1/80; pp. 141 y ss.

ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa", en La reforma del mercado de trabajo, LEX-NOVA, VALLADOLID, 1994; p. 37 ss.

ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Una nueva ordenación de poderes en las relaciones laborales" en, Reforma laboral y negociación colectiva (VII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva), p. 59 ss.

ESCUDERO RODRÍGUEZ: "Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994", en La reforma de la negociación colectiva, cit., p. 167 ss.

ESPINA: "Las relaciones industriales y la democracia", RL-91(I); p. 875 ss.

**ESPINA:** "Politica de rentas en españa: 1977-1986", PEE, 22/85; pp. 343 y ss.

**ERRÁZURIZ:** La Teoría del Derecho de Kelsen, EUNSA-PAMPLONA, 1986.

**FARIÑAS DULCE:** La sociología del derecho de Max Weber, CIVITAS MARDID, 1991.

**FELLER:** "A General Theory of the Collective Bargaining Agreement", CLR-61/73; p. 721.

**FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ/MARTÍNEZ BARROSO:** "La modificación de convenios colectivos supraempresariales por acuerdos de empresa: el supuesto del artículo 41.2 párrafo 3º del Estatuto de los Trabajadores", La Ley, 3779/95, p. 1 ss.

**FERNÁNDEZ FRUTOS:** "La práctica de la extensión de los convenios colectivos en España", EST-18/92, p. 103 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** El Sindicato. Naturaleza jurídica y estructura, CIVITAS-MADRID, 1982.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** El poder disciplinario en la empresa, CIVITAS (CARL)-MADRID, 1991.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios", RPS-134/82, p. 247 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", RPS-143/84, p. 187 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "¿Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales", RT-73/84; p. 191 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos", RL-88(I), p. 389 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "El control jurisdiccional de la negociación colectiva", en La intervención administrativa y jurisdiccional de las relaciones colectivas de trabajo, p. 220.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "La revisión en amparo de la constitucionalidad de los convenios colectivos", REDT-38/89; p. 318 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "Condición más beneficiosa: absorción y compensación", RL-4/92, p. 187 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema", REDT-58/92, p. 593 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "El papel del convenio colectivo como fuente



del derecho tras la reforma de la legislación laboral", ponencia presentada a las XIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo (JEREZ, 1994), AL 6-7/95, p. 87 ss.

**FERNÁNDEZ LÓPEZ:** "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", RPS 143/84; p. 197.

**FERRARO:** Autonomia e poteri nel diritto del lavoro, CEDAM-PADOVA, 1992.

**FERRARO:** Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela, CEDAM-PADOVA, 1981.

**FERRARO:** "Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità", GDRLRI-86, p. 667 ss.

**FERRARO:** "Formalismo giuridico e diritto del lavoro", GDLRI-89; p. 555 ss.

**FIGUERUELO BURRIEZA:** "La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo", REP-81/93; p. 47 ss.

**FLANDERS:** "Per una teoria della contrattazione collettiva", EL-68/4; p. 445.

**FLANDERS:** "The Nature of Collective Bargaining", en Collective Bargaining, LONDON, 1971; p. 11 ss.

**FREIXES SANJUAN:** Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución, MTSS-MADRID, 1986.

**FREYRIA:** "Les accords d'entreprise atypiques.- Jurisprudence commenté", DS-88, p. 464 y ss.

**FUENTES RODRÍGUEZ:** El papel del convenio colectivo tras la reforma laboral, TLB-VALENCIA, 1995.

**GALIANA MORENO, J.M. :** "Reflexiones sobre el carácter transaccional del derecho del trabajo", en Estudios en memoria del profesor Bayón Chacón, p. 537 y ss.

**GALLARDO MOYA:** "Las mejoras complementarias del Sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva", RL-23/91; p. 8 ss.

**GALLART Y FOLCH:** Convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas, BOSCH-BARNA, 1932.

**GÁRATE CASTRO:** "Sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de un convenio colectivo", RL-14/91, p. 525 ss.

**GARCÍA BECEDAS:** "Asambleísmo y representatividad sindical", DL-25/88, p. 7 ss.

GARCÍA BECEDAS: "Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución Española", RPS-124/79; p. 39 ss.

GARCÍA BECEDAS: "El Acuerdo Nacional sobre Empleo y la cláusula de <<consolidación sindical>>", REDT-13/83, p. 63 ss.

GARCÍA BECEDAS, G. : "Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la ley 44/83", RL-85; p. 452 y ss.

GARCÍA BLASCO, J. : "El deber de negociación colectiva en el derecho comparado y en el derecho español", REDT-6/81; p. 211 ss.

GARCÍA DE BLAS/RUESGA: "El modelo de negociación colectiva en España", RL-88(II), p. 915 ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, CIVITAS-MADRID, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA: "El derecho constitucional como derecho", RDP-15/82; p. 7 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA: "La Constitución como norma jurídica", en La Constitución Española. Estudio Sistemático.

GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ: Curso de Derecho Administrativo I (7ª Ed.), CIVITAS-MADRID, 1995.

GARCÍA MURCIA: Organizaciones sindicales y empresariales más representativas (Posición jurídica y dimensión política), MTSS-MADRID, 1987.

GARCÍA MURCIA: La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo, TECNOS-MADRID, 1992.

GARCÍA MURCIA: "Contenido normativo y obligatorio en los convenios colectivos laborales", AL 23-24/88, p. 1289 ss.

GARCÍA MURCIA: "Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos", AL-23/92, p. 403 ss.

GARCÍA MURCIA: "La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva, en la doctrina del TC", RL-2/85; p. 475 ss.

GARCÍA MURCIA: "Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y negociación colectiva, en La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo, CARL-SEVILLA, 1989; p. 299.

GARCÍA MURCIA: "La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral" CDJ(CGPJ)-93, p. 9 ss.

GARCÍA MURCIA: "Reserva de ley potestad reglamentaria en materia social: un apunte de jurisprudencia", RL-9/93; p. 29

y ss.

**GARCÍA MURCIA:** "La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de trabajadores", en La reforma del Estatuto de los Trabajadores, p. 79 ss.

**GARCÍA MURCIA:** "Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa", DL-46/95; p. 37 ss.

**GARCIA NINET/VICENTE PALACIO:** Jurisprudencia constitucional (1981-1992) y Derecho Sindical, TLB-VALENCIA, 1993.

**GARCÍA-PERROTE:** Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo, MTSS-MADRID, 1987.

**GARCÍA-PERROTE:** "Aplicación del contenido normativo del convenio colectivo denunciado y la doctrina de la <<prolongación ajustada y razonable>>: un criterio a superar", RL-88 (II), p. 515 ss.

**GARCÍA-PERROTE:** "La apertura al comercio los sábados por la tarde en Cantabria: el contrato de trabajo y el convenio colectivo de empresa contra el convenio sectorial", RL-7/94, p. 194.

**GARCÍA-PERROTE:** "Autonomía individual en masa y antisindicalidad", RL-89(II), p. 256 ss.

**GARCÍA-PERROTE:** "Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos", DL-25/88 (II), p. 25 ss.

**GARCÍA-PERROTE:** "Evolución reciente de las relaciones entre la ley y el convenio en España", en Estudio sobre la flexibilidad laboral, RFDUCM-MADRID, 1988.

**GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO:** Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, CIVITAS-MADRID, 1986.

**GAROFALO/SCIARRA:** "L'influenza dei valori costituzionali sul diritto del lavoro", GDLRI-24/84; p. 819 ss.

**GARRIDO PÉREZ:** "Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria", RL-95(I), p. 363 ss.

**GAUDU:** "Négociation collective au sein d'une entreprise en difficulté", DS-11/82, p. 705 ss.

**GENY:** Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo, REUS-MADRID, 1925.

**GENY:** Science et Technique en droit privé positif, V. II, SIREY-PARIS, 1927.

**GHERA:** "Su ideologia e metodo nella dottrina del diritto

sindacale" en Il pluralismo e il diritto del lavoro, EL-ROMA, 1982, p. 208 ss.

GHESTIN/JAMIN/BILLIAU: Traité de droit civil. Les effets du contrat, LGDJ-PARIS, 1994.

GHEZZI: "La rappresentanza e la rappresentatività sindacale in parlamento", RGL 2-3/89; p. 305 ss.

GHEZZI: "Osservazioni sul metodo dell' indagine giuridica nel diritto sindacale", RTDPC-70: p. 407 ss.

GHEZZI: "La legislazione del lavoro", DD-85; pp 105 ss.

GHEZZI/ROMAGNOLI: Il Diritto Sindacale, ZANICHELLI-BOLOGNA, 1992.

GIORGI: Teoría de las obligaciones (V. I), REUS-MADRID, 1969.

GIORGIANNI: La parte general de las obligaciones, BOSCH-BARCELONA, 1974.

GIUGNI: Introduzione allo studio dell' autonomia collectiva, GIUFFRÉ-MILANO, 1977.

GIUGNI: Diritto sindacale, CE-BARI, 1984.

GIUGNI: Lavoro, legge, contratti, IL MULINO-BOLOGNA, 1989.

GIUGNI: "El desafío de la innovación en el Derecho del Trabajo", RL-22/94.

GIUGNI: "Il diritto sindacale e i suoi interlocutori" en Lavoro legge contratti, p. 183 ss.

GIUGNI: "La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro", en Lavoro, legge, contratto, p.

GIUGNI: "La extensión de los contratos colectivos", en La negociación colectiva en América Latina, TROTTA-MADRID, 1993; p. 160 ss.

GIUGNI: "Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano", GDLRI-86; p. 317 y ss.

GIUGNI: "La rappresentanza e la rappresentatività sindacale in parlamento", RGL 2-3/89; p. 305 ss.

GIUGNI: "Negociación colectiva en el ordenamiento constitucional", en Los trabajadores y la Constitución, p. 65.

GIUGNI/CURZIO: Lo statuto dei lavoratori, GIUFFRÉ-MILANO, 1979.

GIUGNI/MANCINI: "Movimento sindacale e contrattazione

collettiva", RGL-72; p. 325 ss.

GLADSTONE/OZAKI: "La reconnaissance des syndicats aux fins de la négociation collective", RIT-75; p. 185 ss.

GOERLICH PESET: "Los pactos informales de empresa" en, Manifestaciones de la autonomía colectiva, p. 81 ss.

GÓMEZ ABELLEIRA: "La negociación colectiva en empresas sin representantes legales, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo", REDT-70/95, p. 227 ss.

GÓMEZ CABALLERO: "El valor del Acuerdo de regulación de empleo del artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores y el derecho a contratar", RL-18/92, p. 53 ss.

GONZÁLEZ BIEDMA: "Los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas", en Negociación colectiva y solución de conflictos, p. 217 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: La dimensión temporal del convenio colectivo (inédito), 1986.

GONZÁLEZ ORTEGA: "La negociación colectiva en el sistema español de relaciones laborales" en Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, US-SEVILLA, 1978; p. 161 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "La retribución de las horas extraordinarias: La problemática del módulo para el cálculo de su valor", RPS-126/80, p. 271 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo", RL-87 (II), p. 257 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva", REDT-30/87; p. 187 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "Vigencia y derogación de las ordenanzas laborales", RL-21/88, p. 16 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "Diseño normativo e intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo", en La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo. VI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL-SEVILLA, 1989; p. 31 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "Piccola impresa e diritto del lavoro in Spagna", QDLRI-8/90, p. 86.

GONZÁLEZ ORTEGA: "Poder de dirección, negociación colectiva e intervención estatal", en Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales (XI Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo

y Relaciones Laborales), CARL/TROTTA-MADRID, 1994, p. 49 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Constitución y Derecho del Trabajo (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional), p. 393 ss.

GONZÁLEZ ORTEGA: "Las formalidades del ejercicio del derecho de huelga", en Ley de huelga, ISE-MADRID, 1993; p. 45.

GONZÁLEZ ORTEGA: "Contenido negocial y sucesión de convenios" en, La reforma de la negociación colectiva, MP-MADRID, 1994, p. 90.

GONZÁLEZ ORTEGA: "La reforma de la negociación colectiva", en La reforma laboral de 1994 (V Jornadas Catalanas de Derecho Social), MP-MADRID, 1994; p. 335 ss.

GORDILLO CAÑAS, A.: Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una reelección desde la Constitución de la teoría de fuentes, CEURA-MADRID, 1990.

GOTTARDI, D.: Organizzazione sindacale e rappresentanza dei lavoratori in azienda, CEDAM-PADOVA, 1989.

GORELLI HERNÁNDEZ/VALVERDE ASENCIO: "La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa", RL-22/95; p. 29 ss.

GRANDI: "Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello", GDLRI-11/81, p. 355 ss.

GRANDI: "Rappresentatività e costituzionalità", RIDL-92(I), p. 6 ss.

GRANDI: "Stato sociale v. mercato", LD, 92/3, p. 515 ss.

GRANDI: "L'efficacia del contratto aziendale", PD-85, p. 439 ss.

GRASSELLI: Contributo alla teoria del contratto collettivo, CEDAM-PADOVA, 1974; p. 80 ss.

GUARRIELLO: Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale, FA-MILANO, 1992.

GUARRIELLO: "Accordi di gruppo e strutture di rappresentanza europee", GDLRI 53/92, p. 21 ss.

GUARRIELLO: "Autonomia collettiva e dimensione europea. Profili organizzativi e funzionali", QDLRI 10/91, p. 80;

GUARRIELLO: "L'Europa sociale dopo Maastricht", LD, 2/92, p. 223 ss.

GURVITCH: L'idee du Droit Social, SIREY-PARIS, 1932.

GURVICH: L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit, EAP-PARÍS, 1935.

HABERMAS: Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, AMORRORTU-B.AIRES, 1975.

HABERMAS: "Problemas de legitimación en el Estado moderno" en La reconstrucción del materialismo histórico, TAURUS-MADRID, 1982; p. 243 ss.

HABERMAS, J.: "Diritto come "medium" e come "istituzione" ", PD-87; p. 61 ss.

HARIOU, A.: Derecho constitucional e instituciones políticas, ARIEL-BARCELONA, 1980.

HAHN: "La sociologie du conflit", ST-3/90; p. 375 ss.

HAMBURGUER: "Aplicación de los convenios colectivos a la totalidad de una profesión o industria", RIT, 1939 X/3; p. 240.

HELLER, Teoría del Estado, FCE-México, 1987.

HERNÁNDEZ GIL, A.: La Constitución y su entorno (Obras completas, T. 7), ESPASA-CALPE, MADRID, 1988, p. 35 ss.

HERNÁNDEZ GIL, A.: La ciencia jurídica tradicional y su transformación, CIVITAS-MADRID, 1981.

HERNÁNDEZ GIL, A.: Conceptos jurídicos fundamentales (Obras Completas, T.I), ESPASA CALPE-MADRID, 1987.

HERNÁNDEZ GIL, A.: Metodología de la ciencia del derecho, ESPASA CALPE, 1988.

HERNÁNDEZ GIL, F.: "Eficacia de los acuerdos marco interconfederales", en Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral, IELSS-MADRID, 1985, p. 93 ss.

HERNÁNDEZ VIGUERAS: La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales, MTSS-MADRID, 1992.

HUECK/NIPPERDEY: Compendio de Derecho del Trabajo (Trad.: RODRÍGUEZ-PIÑERO/DE LA VILLA), EDESA-MADRID, 1963.

HUERTAS BARTOLOMÉ: "La reforma institucional de la negociación colectiva: primeras valoraciones", en La reforma del mercado de trabajo, LEX-NOVA, VALLADOLID, 1994; p. 585 ss.

IGLESIAS CABERO: "Algunos aspectos de la fuerza vinculante de los convenios colectivos" en Jornadas sobre derecho del trabajo y Constitución, IELSS-MADRID, 1985; p. 417 ss.

IZQUIERDO: Max Weber: Precedentes y claves metodológicas,

SPUC-CUENCA, 1991.

JAUFFRET-EPSTEIN: "Le devoir de négociier de bonne foi en droit du travail américain", RIDC-82(II), p. 1123 ss.

JAVILLER: Les reformes du droit du travail depuis le 10 mai 1981, LGDJ-PARIS, 1982.

JAVILLIER: Droit du Travail, LGDJ-PARIS, 1988.

JAVILLIER: "Le contenu des accords d'entreprise", DS-11/82, p. 691 ss.

JAVILLIER: "Negociations et accords d'entreprise en matière de rémunération", DS-88, p. 68 ss.

JAVILLIER: "Ordre juridique, relations professionnelles et flexibilité. Approches comparatives et internationales", DS-1/86; p. 56 ss.

JEAMMAUD: "Les principes dans le droit français du travail", DS 9-10/82; p. 618 ss.

JEAMMAUD: "Le droit constitutionnel dans les relations du travail", AJDA-91; p. 612 ss.

JEAMMAUD: "Legislación y realidad de la negociación. Apuntes para el análisis de sus relaciones" en La negociación colectiva en América Latina, IERI/TROTTA, 1993, p. 15 ss.

JEAMMAUD: "Les lois Auroux: plus de droit ou un autre droit?", CEP-83; p. 223 ss.

JEAMMAUD: "El derecho del trabajo de 1988: un cambio de orientación más que una crisis", TL-14/89, p. 28 ss.

JEAMMAUD: "Reformas laborales y democracia industrial en Francia", RL-85(I); p. 290 ss.

JEAMMAUD: "Le nouveau régime du temps de travail", DS-82, p. 305 ss.

JEAMMAUD: "Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa", en Autoridad y democracia en la empresa, p. 187.

JEAMMAUD/LYON-CAEN/...: Le droit capitaliste du travail, PUG-GRENOBLE, 1980.

JEAMMAUD/LYON-CAEN: Derecho del Trabajo democracia y crisis en Europa occidental y en América, MTSS-MADRID, 1989.

JIMÉNEZ VELASCO: "La naturaleza jurídica del acto de extensión de convenios colectivos", RL-88(I), p. 269 ss.



**JIMÉNEZ-BLANCO:** "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en Estudios sobre la CE. Homenaje al profesor García de Enterría. T. II; CIVITAS-MADRID, 1991; p. 635 ss.

**KAHN-FREUND:** Trabajo y derecho, MTSS-MADRID, 1987.

**KAHN-FREUND:** La participation. Quelques expériences étrangères, CEJC-PARIS, 1976.

**KAHN-FREUND:** "L'incidenza delle costituzioni sul diritto del lavoro", GDLRI-1/79; p. 77 ss.

**KAHN-FREUND:** "Sull'uso ed abuso del diritto comparato", RTDPC-1975; p. 785 ss.

**KASSALOW:** "La negociación donnant, donnant: un nouveau role pour les syndicats et les directeurs d'entreprise aux Etats Unis", RIT-88; p. 643 ss.

**KAUFFMANN/KESSLER/KÖHLER:** Le droit social en Allemagne, LAMY-PARIS, 1991.

**KELSEN:** Teoría pura del derecho, UNAN-MEXICO, 1986.

**KELSEN:** Teoría general del Derecho y del Estado, UNA-MEXICO, 1988.

**KELSEN/KLUG:** Normas jurídicas y análisis lógico, CEC-MADRID, 1988.

**KESSLER:** "La capacité de conclure des conventions collectives: les controverses et les solutions ouest-allemandes", DS-1/88; p. 33 ss.

**KIRCHHEIMER:** En busca de la soberanía, CES-MEXICO, 1945.

**LAMBERTUCCI:** Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale, CEDAM-PADOVA, 1990.

**LA TERZA, M.:** "Tendenze legislative attuali in tema di efficacia generale del contratto collettivo", DL-89 (I); p. 171 ss.

**LANGLOIS:** "La politique des avantages acquis", DS-86, p. 881 ss.

**LANGLOIS:** "Droit public et droit social en matière de négociation collective: l'ordonnancement du droit public remis en cause par la négociation collective interprofessionnelle", DS-1/92, p. 5 ss

**LANGLOIS:** "La négociation collective d'entreprise. La politique communautaire", DS 7-8/90, p. 673 ss.

**LARENZ:** Metodología de la ciencia del derecho, ARIEL-BARCELONA, 1980.

LECCESE, V.: "Transazioni collettiva e disposizione dei diritti del lavoratore", GDLRI-91/2; p. 283 ss.

LEGAZ LACAMBRA: Introducción a la ciencia del derecho, BOSCH-BARCELONA. 1964.

LIEBMAN: Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano", GIUFFRÈ-MILANO, 1986.

LIEBMAN: "Rappresentatività del sindacato ed efficacia del contratto collettivo" RItDL-83; p. 435 ss.

LIEBMAN: "Autonomia collettiva e legge", en Lecture di diritto sindacale, JOVENE-NAPOLI, 1990.

LILLO: "La individualización de las relaciones laborales desde el punto de vista sindical", RL-20/21 (NE) 1991, p. 146 ss.

LINARES LLORENTE: "Análisis jurisprudencial sobre la concurrencia de convenios colectivos", DL-84, p. 66.

LIPARI, : "Sistematica giuridica e nuovo contrattualismo", RDC-86; p. 225 ss.

LOEWENSTEIN: Teoría de la Constitución, ARIEL-BARCELONA, 1986.

LOPERA CASTILLEJO: "Límites de aplicación del contenido normativo del convenio denunciado", RL-88 (II); pp. 179 Y ss.

LÓPEZ y LÓPEZ: "Materiales para una exégesis de las normas sobre la actividad económica en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, cit. , p. 229 ss.

LÓPEZ PINA, A.: La garantía constitucional de los derechos fundamentales, CIVITAS-MADRID, 1991.

LÓPEZ-TARRUELLA: "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en La reforma del Estatuto de los Trabajadores, p. 312 ss.

LUHMANN: Sistema jurídico y dogmática jurídica, CEC-MADRID, 1983.

LUHMANN: "L'autoproduzione del diritto e i suoi limiti", PD-87; p. 41 ss.

LUNARDON: "L'elaborazione giurisprudenziale del concetto del maggior rappresentatività", QDLRI-89/5; p. 159 ss.

LUTTRINGER: "L'accord national interprofessionnel du 3 juillet 1991 relatif à la formation et au perfectionnement

professionnels", DS-91, p. 800 ss.

LYON-CAEN, G.: "Les fondaments historiques et rationnels du droit de travail", DO-51; p. 5 ss.

LYON-CAEN, G.: "Critique de la négociation collective", DS-79, p. 350 ss.

LYON-CAEN, G.: "Negociation collective et legislation d'ordre public.", DS-83, p 89 y ss.

LYON-CAEN, G.: "Des droits 'nouveaux' pour les travailleurs?", RGL-81 (I), p. 475 ss.

LYON-CAEN, G.: "Le conflit du Parisien Libéré et le système français de règlements des conflits du travail", DS-77; p. 438 ss.

LYON-CAEN, G.: "La bataille truquée de la flexibilité", DS-12/85; p. 801 ss.

LYON-CAEN, G.: "La constitucionalización del Derecho del Trabajo", Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 31 ss.

LYON-CAEN, G.: "La crise du droit du travail", In memoriam Sir Otto Kahn-Freund, MUNICH, 1980, p. 517 ss.

LYON-CAEN, G.: "Anomie, autonomie et heteronomie en droit du travail", en Hommage à Paul Horion, LIÈGE, 1972; p. 173.

LYON-CAEN, G.: "Du role des principes généraux du droit civil en droit du travail", RTDC-74, p. 229 ss.

MACPHERSON: La democracia liberal y su época, ALIANZA-MADRID, 1987.

MAIRE: "Du changement imposé aux adaptations négociées", DS-86; p. 834 ss.

MANCINI: "Libertà sindacale e contratti collettivi erga omnes", RTDPC-63, p. 670 ss.

MANCINI: "La rappresentanze sindacali aziendali nello statuto dei lavoratori", RTDPC-71, p. 766 ss.

MANCINI: "Sistema económico y relaciones de trabajo", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 49 ss.

MARÍN PÉREZ: Introducción a la ciencia del derecho, TECNOS-MADRID, 1979.

MARINO: "Accordi collettivo e norme inderogabile", RIDL-90 (II); p. 855 ss.

MARIUCCI: La contrattazione collettiva, IL MULINO-BOLOGNA, 1985.

**MARIUCCI:** Le fonti del diritto del lavoro, GIAPPICHELLI-TORINO, 1988.

**MARIUCCI:** "L'emergenza continua", PD-82; p. 331 y ss.

**MARIUCCI:** "Alcune considerazioni sui conflitti legge-contratto nelle crisi aziendali", RGL-83(I); p. 65 ss.

**MARIUCCI:** "La flessibilita nel diritto del lavoro", SL-89/90; p. 23 ss.

**MARIUCCI:** "Contrattazione collettiva e rappresentativita sindacale: I termini del problema", PD-1985; pp. 405 Y ss.

**MARTÍN-RETORTILLO:** Estudio preliminar a SANTI ROMANO, El ordenamiento jurídico, IEP-MADRID, 1963.

**MARTÍN-RETORTILLO:** "El orden económico y el trabajo en la Constitución", en El trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales, IRL-UNIV. ZARAGOZA, 1982; p. 155 ss.;

**MARTÍN-RETORTILLO/DE OTTO PARDO:** Derechos fundamentales y Constitución, CIVITAS-MADRID, 1985.

**MARTÍN VALVERDE:** "Concurrencia y articulación de normas laborales", RPS 119/78, p. 5 ss.

**MARTÍN VALVERDE:** "Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos", en El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político. I Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca, 1976), IRL-U. ZARAGOZA, 1977; p. 84).

**MARTÍN VALVERDE:** "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional" en, El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional. II Jornadas de Estudio de la Negociación Colectiva, MTSS-MADRID, 1990, p. 42

**MARTÍN VALVERDE:** "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo" en, Comentarios a las leyes laborales (T. XII-V. 2º) (2ª Ed.), EDESA-MADRID, 1995; p. 1 ss.

**MARTÍN VALVERDE:** "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", RPS-137/83, p. 146;

**MARTÍN VALVERDE:** "Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo" en, Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS-MADRID, 1993; p. 57.

**MARTÍN VALVERDE:** "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", REDT-33/88; p. 55 y ss.

**MARTÍN VALVERDE:** "Regulación de la huelga en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, p. 202 ss.

**MARTÍN VALVERDE:** "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo, en Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, Sevilla, 1977.

**MARTÍN VALVERDE:** "Grupos de trabajadores y representación unitaria del personal en la empresa", REDT-11/82; p. 316 y ss.

**MARTÍN VALVERDE:** "Las transformaciones del Derecho del Trabajo en España (1976-84) y la ley 32/84 de reforma del Estatuto de los Trabajadores, en Comentarios a la legislación laboral TECNOS- MADRID, 1985.

**MARTÍN VALVERDE/GARCÍA MURCIA:** "El procedimiento de impugnación jurisdiccional de los convenios colectivos. Un balance de jurisprudencia y algunas opiniones doctrinales", AL-9/86, p. 417 ss.

**MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ SAÑUDO:** "Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva de empresa en España", RL-86/II; p. 258 y ss.

**MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA:** Derecho del Trabajo (4ª Ed.), TECNOS-MADRID, 1995.

**MARTÍNEZ ABASCAL:** "La relación ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?", RL 15-16/95; p. 55 ss.

**MARTÍNEZ CALCERRADA:** "Vías de extinción-modificación de la condición más beneficiosa", RL-88(II), p. 284 ss.

**MARTÍNEZ EMPERADOR:** "Las partes del convenio colectivo", en La negociación colectiva, CDJ-3/92; p. 57 ss.

**MARTÍNEZ EMPERADOR:** La intervención de la autoridad laboral en materia de convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores, IES-MADRID, 1981; p. 662 ss.

**MARTÍNEZ-JIMÉNEZ:** "La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma", RL-88(I), p. 97 ss.

**MASART, L. :** "L'efficacia soggettiva del contratto collettivo aziendale", RIDL-91 (II); p. 518 ss.

**MATHIEU/DION-LOYE:** "Le syndicat, le travailler et l'individu: trois personnages en quête d'un rôle constitutionnellement défini", DS-90, p. 525 ss.

**MATÍA PRIM:** "Negociación colectiva y derecho de huelga. Los pactos de paz", RL-19/93; p. 7 ss.

**MAZEAUD/ALTER:** Leçons de droit civil (T. I: Introduction a l'étude du droit), MONTCHRESTIEN-PARIS, 1989.

**MAZZOTTA:** "Le regole dello sciopero fra autonomia ed heteronomia", RGL-89(I), p. 61 ss.

**MENGONI:** Diritto e valori, IL MULINO-BOLOGNA, 1985.

**MENGONI:** "I diritti e le funzioni dei sindacati nell'impresa", en Diritto e valori, p. 227 ss.

**MENGONI:** "Ancora sul metodo giuridico" en Diritto e valori, IL MULINO-BOLOGNA, 1985.

**MENGONI:** "Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano", en Diritto e valori, p. 247 y ss.

**MENGONI:** "Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti", en Diritto e valori, p. 307 ss.

**MENGONI:** "Legge e autonomia collettiva", MGL-80, p. 692 ss.

**MENGONI:** "Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa" en Diritto e valori, p. 335 ss.

**MENGONI:** L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?, RCDP 4/92; p. 515 ss.

**MENGONI:** "Un nuevo modelo di rapporti tra legge e contratto colectivo", JUS-79; p. 117 ss.

**MERCADER UGINA:** Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios, CIVITAS-MADRID, 1994.

**MERINO SENOVILLA/ROMÁN DE LA TORRE:** "Cláusulas dispositivas y convenios colectivos", RL-88(II), p. 964 ss.

**MERINO SENOVILLA/ROMÁN DE LA TORRE:** "La vigencia de los convenios colectivos", RL-87(I), p. 766 ss.

**MESSINEO:** Doctrina general del contrato (T. II), EGEA-BUENOS AIRES, 1986.

**MISHRA:** El Estado de Bienestar en crisis, MTSS-MADRID, 1992.

**MOLINA NAVARRETE:** "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales", RTSS-3/91, p. 63 ss.

**MOLINA NAVARRETE/OLARTE ENCABO:** "Algunas reflexiones a propósito del problema de la legitimación negocial de los grupos de empresas", en Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales (XI jornadas andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), TROTTA-MADRID, 1994; p. 104 ss.

**MONEREO PÉREZ:** "La intervención de la Administración laboral en la tramitación y en el control de legalidad de los convenios colectivos", REDT-32/87, p. 528.

**MONTALVO CORREA:** Fundamentos de Derecho del Trabajo, CIVITAS-MADRID, 1975.

**MONTALVO CORREA:**, El concepto de sindicato más representativo en los sistemas sindicales europeos, IES-MADRID, 1980.

**MONTALVO CORREA:** "El derecho de libre sindicación y la <<mayor representatividad>> sindical", en Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón, cit., p. 333 ss.

**MONTALVO CORREA:** "Estudio jurisprudencial sobre los sujetos en los Convenios de Empresa", DL-24/88.

**MONTALVO CORREA:** "Modelo económico y social de la Constitución y relaciones laborales", en Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, IELSS-MADRID, 1985; p. 237 ss.

**MONTANARI:** Teoria e prassi nelle dottrine giussindicali, GIUFFÈ-MILÁN, 1979.

**MONTOYA MELGAR:** Derecho del Trabajo, TECNOS-MADRID, 1985.

**MONTOYA MELGAR:** "El Estado y la autonomía colectiva", AL-21/89, p. 275.

**MONTOYA MELGAR:** "El contenido de los convenios colectivos" en, El contenido de los convenios colectivos, p. 85 ss.

**MONTOYA MELGAR:** "El modelo español de convenio colectivo; especial referencia al <<convenio colectivo>> extraestatutario>>", en La negociación colectiva CDJ(CGPJ)-MADRID, 1992, p. 279.

**MONTOYA MELGAR:** "El sindicato más representativo en la LOLS y la sentencia 98/85 del Tribunal constitucional", en El nuevo régimen jurídico sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional, CEOE-MADRID, 1985; p. 15 ss.

**MONTOYA MELGAR:** "La protección constitucional de los derechos laborales", en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, CEC-MADRID, 1980; p. 267 ss.

**MONTOYA MELGAR:** "Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral", RPS-121/79; p. 315 ss.

**MONTOYA MELGAR:** "Sindicatos, convenios y conflictos colectivos: el debate constitucional", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 196.

**MONTOYA MELGAR:** "¿Convenios colectivos al margen del Estatuto

de los Trabajadores?", AEDIPE, 1982.

MORENO VIDA: Los pactos sociales en el derecho del trabajo, UG-GRANADA, 1989.

MORENO VIDA: "Intervencionismo estatal en la negociación colectiva a través de la fijación de topes salariales máximos", AL-14/89; p. 163 ss.

MORENO VIDA/MONEREO PEREZ : "Estado de bienestar, concertación social y sindicatos", RT-97/90; p. 9 y ss.

MORIN/TEYSSIER: "L'accord-cadre", DS-88, p. 741 ss.

MORIN: "Des titulaires du droit à la negotiation collective", DS-1/88; p. 24 ss.

MUGA ROBLEDO: "Problemática de la extensión de convenios colectivos", en La administración de los convenios colectivos y su valor normativo, III Jornadas de estudio sobre la Negociación Colectiva, CCNCC/MTSS-MADRID, 1991; p. 71 ss.

NAVARRO NIETO: La representatividad sindical, MTSS-MADRID, 1993.

NAVARRO NIETO: "El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española", RL-87(II), p. 280 ss.

NICCOLINI: Funzione integratrice del contratto collettivo, CEDAM-PADOVA, 1974.

NIETO: "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", RAP 100-102/83, p. 377 ss.

OJEDA AVILÉS: Derecho Sindical, MADRID-TECNOS, 1992.

OJEDA AVILÉS: "El principio de condición más beneficiosa", RPS-134/82, p. 7 ss.

OJEDA AVILÉS: "La doctrina del equilibrio interno del convenio", REDT-31/87, p. 333 ss.

OJEDA AVILÉS: "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical", en Comentarios a la ley de libertad sindical, cit., p. 11 ss.

OJEDA AVILÉS: "Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos", AL-17/95, p. 253 ss.

OJEDA AVILÉS: "La autonomía colectiva y la autonomía individual", RL 20-21/91, p. 35 ss.

OJEDA AVILÉS: "Pactos colectivos de eficacia limitada y vacíos de negociación en Andalucía", en Negociación colectiva y Comunidades Autónomas, TECNOS-MADRID, 1990; p. 200.



OJEDA AVILÉS: "La representatividad sindical como excepción", RL-92 (II).

OJEDA MARÍN: Estado social y crisis económica, EC-MADRID, 1993.

OLARTE ENCABO: El convenio colectivo por adhesión, CARL/CIVITAS-MADRID, 1995.

OLIVAS: "Problemas de legitimación en el Estado Social", en Problemas de legitimación en el Estado Social, TROTTA-MADRID, 1991; p. 11 ss.

OLLIER: "L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources de droit dans l'entreprise", DS-11/82; p. 680 ss.

PALOMEQUE LÓPEZ: Los derechos laborales en la Constitución Española, CEC-MADRID, 1991.

PALOMEQUE LÓPEZ: "La negociación colectiva en España, 1978-1979. De la Constitución al Estatuto de los Trabajadores", RPS-135/82; p. 7 ss.

PALOMEQUE LÓPEZ: "El Sindicato como sujeto político" en Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, TECNOS-MADRID, 1980, p. 559 ss.

PALOMEQUE LÓPEZ: "El nuevo reparto funcional de territorios normativos entre la ley y el convenio colectivo" en, La reforma del Estatuto de los Trabajadores, LA LEY-MADRID, 1994; p. 246 ss.

PAREJO ALFONSO: Garantía institucional y autonomías locales, IEAL-MADRID, 1981.

PAREJO ALFONSO: Estado Social de Derecho y Administración Pública, CIVITAS-MADRID, 1983.

PAREJO ALFONSO: "Constitución y valores del ordenamiento", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría (T. II); CIVITAS-MADRID, 1991.

PECES-BARBA: Derechos fundamentales, SPFDUC-MADRID, 1986.

PECES-BARBA: Los valores superiores, TECNOS-MADRID, 1986.

PECES-BARBA: "Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española", en Funciones y fines del Derecho (Homenaje al profesor Hurtado Bautista), UM-MURCIA, 1992; p. 248.

PEDRAJAS MORENO: "Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", en La reforma del mercado laboral, p. 374 ss.

PÉREZ AMOROS: "El circuito de la flexibilidad laboral", en VVAA: Estudios sobre flexibilidad laboral, RFDUC-MADRID, 88; p. 85 y ss.

PÉREZ DE LOS COBOS: "Los pactos de reorganización productiva" en, Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento jurídico español, p. 143 ss.

PÉREZ DE LOS COBOS: "Los pactos sociales y los acuerdos y convenio colectivo marco", en Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, p. 11 ss.

PÉREZ MORENO: "El concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución", en La Constitución española y las fuentes del Derecho, p. 1629 ss.

PÉREZ PÉREZ: "La nulidad parcial del convenio colectivo", REDT-9/82; p. 613 ss.

PÉREZ ROYO: Las fuentes del derecho, TECNOS-MADRID, 1985.

PÉREZ ROYO: "La doctrina del TC sobre el Estado Social", REDC-10/84; p. 180.

PÉREZ YÁÑEZ: "El marco legal de las relaciones entre convenios: sus excepciones en la negociación colectiva de 1992", en Negociación colectiva y solución de conflictos, p. 71 ss.

PERGOLESI: "Il carattere giuridico della convenzione collettiva di lavoro", RDP-1928 (I), p. 343 ss.

PERSIANI: Saggio sull'autonomia privata collettiva, CEDAM-PADOVA, 1972.

PERSIANI: "Autorregolamentazione dello sciopero ed efficacia del contratto collettivo", DEL-89(I), p. 6 ss.

PERULLI: "Diritto del lavoro e flessibilita", LD-89(II); p. 397 ss.

PIZZORUSSO: "Le fonti del diritto del lavoro" en RIDL-90 (I), p. 15 ss.

PIZZORUSSO: "Ancora sulle sentenze di accoglimento della corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto", PD-1/87, p. 139 ss.

PIZZORUSSO: "Fonti 'politiche' e fonti 'culturali' del diritto", en Studi Liebman, MILANO, 1979; p. 237 ss.

PIZZORUSSO: "Sistema delle fonti e forma de stato e di governo" en QC-2/86, p. 217 ss.

POOLE: Relaciones industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional, MTSS-MADRID, 1993.

**PRADOS DE REYES:** "La indisponibilidad de derechos en el Estatuto de los Trabajadores" en Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores, IES-MADRID, 1981.

**PRADOS DE REYES:** "Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas", RL-91(I), p. 181 ss.

**PRADOS DE REYES:** "Acuerdos informales de empresa: tipificación y eficacia jurídica. Valor frente a condiciones más beneficiosas", RL-13/91; p. 85 ss.

**PRADOS DE REYES:** "Los derechos colectivos en la negociación colectiva de las grandes empresas", EST-18/92, p. 36 ss.

**PREDIERI:** "El sistema de las fuentes del derecho" en La Constitución española de 1978.- Estudio sistemático, CIVITAS-MADRID, 1981; p. 159 ss.

**PREUSS:** "La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado Social" en Derecho y Economía en el Estado Social, TECNOS-MADRID, 1988; p. 76 ss.

**PRIETO SANCHÍS:** Ideología e interpretación jurídica, TECNOS-MADRID, 1987.

**QUENAUDON:** "Des protocoles de fin de conflit dans le secteur privé", DS-5/81, p. 401 ss.

**QUINTANILLA NAVARRO:** Convenios colectivos extraestatutarios, TECNOS-MADRID, 1992.

**PROSPERETTI:** "Principi ermeneutici in tema di contratto collettivo applicabile", LD-91 (II); p. 117 ss.

**RABANAL CARBAJO:** "La adhesión en la vigente normativa de negociación colectiva", DL-37/92, p. 119 ss.

**RABANAL CARBAJO:** Negociación colectiva y Administración. (Un estudio sobre la intervención administrativa en la negociación colectiva del Título III del Estatuto de los Trabajadores), CEJ(MJ)/UCM, MADRID, 1994; p. 27.

**RAMÍREZ MARTÍNEZ:** "El deber de negociar", en Los problemas actuales de la negociación colectiva (VII Jornadas de estudio de la Negociación Colectiva), MTSS-MADRID, 1994.

**RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO:** "Alcance de la vigencia del convenio denunciado (ex art. 86.3 del ET)", AL-16/87, p. 849 ss.

**RAMM, T. :** "La natura giuridica del contratto colettivo", GDLRI, 24/84; p. 797 ss.

**RAMOS QUINTANA:** El deber de paz laboral (Su regulación en la Ley y en el Convenio colectivo), CIVITAS-MADRID, 1993.

**RAVERAIRA:** Legge e contratto collettivo, GIUFFRÈ-MILANO, 1985.

**RAY:** "Les accords sur le temps de travail", DS-88; p. 99 y ss.

**RAY:** "Nouvelles technologies, nouveau droit du travail?", DS-92, p. 519 y ss.

**RENTERO JOVER:** "Reflexiones sobre el comité de huelga", en Derechos de Libertad Sindical y Huelga, (CDJ) CGPJ-MADRID, 1992; p. 254.

**RENTERO JOVER:** "Reflexiones sobre los <<pactos de fin de huelga>>", AS-92(II), p. 2613 ss.

**REYNAUD:** Problemas y perspectivas de la negociacion colectiva en los países miembros CEE, IES-MADRID, 1981.

**RICCIARDI:** La struttura della contrattazione collettiva in Italia, CLUEB-BOLOGNA, 1981.

**RIPERT:** Les forces creatives du droit, LGDJ-PARIS, 1955.

**RITTER:** El Estado Social, su origen y desarrollo en una comparacion internacional, MTSS-MADRID, 1991.

**RIVERO/SAVATIER:** Droit du travail, PUF-PARIS, 1991.

**RIVERO LAMAS:** "El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales", RPS-87/70, p. 15 ss.

**RIVERO LAMAS:** "Democracia pluralista y autonomía sindical" en Estudios en memoria del profesor G. Bayón Chacón, TECNOS-MADRID, 1980; p. 188 ss.

**RIVERO LAMAS:** "El marco de la negociación colectiva post-constitucional y la crisis económica", en El desarrollo de la Constitución española de 1978, ZARAGOZA, 1982; p. 41 ss.

**RIVERO LAMAS:** "Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)", DL-43/94, p. 54-55.

**RIVERO LAMAS:** "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET", en Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor M. Alonso García

**ROBERTS/ROTHWELL:** "Les tendances recentes de la negociation collective au Royaume-Uni", RIT-72 (II); p. 595 ss.

**ROBLES,** Sociología del Derecho, CIVITAS-MADRID, 1993.

ROBLES: Introducción a la teoría del derecho, DEBATE-MADRID, 1988.

RODIÈRE, "Observations sur le maintien des avantages acquis face à la modification des règles régissant le contrat de travail", DS-86, p. 873 ss.

RODIÈRE: "Accord d'entreprise et convention de branche ou interprofessionnelle. Négociation indépendante, subordonnée, <articulée> ?", DS-11/82; p. 711 ss.

RODRÍGUEZ MOLINERO: Introducción a la ciencia del derecho, CERVANTES-SALAMANCA, 1991.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: Eficacia general del convenio colectivo, US-SEVILLA, 1960.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El principio de norma más favorable y las reglamentaciones de trabajo", RPS-53/62, p. 236 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La negociación colectiva" en Acción sindical y sindicalismo, AYUSO-MADRID, 1977, p. 110-111.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales", en Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo, MURCIA, 1978; p. 158 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Un modelo democrático de relaciones laborales", en Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo, cit., p. 9 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La libertad sindical en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, p. 93 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "El trabajo en la Constitución", en Los trabajadores y la Constitución, p. 17 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo", en El Derecho del Trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales, JACA-UZA, 1982; p. 45.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Diritto del lavoro, mutamento politico e crisi economica: il caso spagnolo", PD-1/84, p. 47 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Negociación colectiva y acuerdos sociales", PEE-22/85, p. 282 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Representación electiva y representación sindical en la empresa", RL-85(I), p. 29.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Poder reglamentario y relaciones laborales", RL-12/85, p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Ley, Ordenanza laboral y 'favor laboratoris'", RL-85 (II), p. 33 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Mayorías y minorías en la negociación colectiva", RL-85(II), p. 40 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Negociación colectiva y acuerdos sociales", PEE-22/85; p. 282 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La problemática estructura de la negociación colectiva", RL-86(I), p. 17 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La aplicación en el tiempo del convenio colectivo", RL 86(II), p. 20 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Norma estatal y norma colectiva", RL-87 (II), p. 65.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Sobre la representatividad sindical", RL-88(II), p. 18 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Justicia constitucional y relaciones laborales", TL 19-20/90; p. 12-13.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Principio pro operario, condición más beneficiosa y autonomía colectiva", RL-90 (I), p. 38 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Diez años de Estatuto de los Trabajadores", RL-6 Y 7/90; p. 8 y ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales", RL 20-21/91, p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional", RL-7/92; p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Los límites constitucionales de la contratación colectiva", RL-8/92; p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical", RL-15/92, p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Negociación colectiva y Constitución", en La negociación colectiva, CDJ/CGPJ-MADRID, 1992, p. 12.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La aplicación de la Constitución por la jurisdicción laboral", RL-9/92, p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "La representación de los trabajadores a nivel de empresa", RL-2/93; p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo", RL-14/93, p. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO: "Diálogo social, participación y negociación colectiva", en La reforma de la negociación colectiva, p. 215 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO/DEL REY GUANTER: "El nuevo papel de la

negociación colectiva y de la ley" en Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo, MPCA-CORDOBA, 1983; p. 27 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA: "Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores", RPS-83; p. 347 ss.

RODRÍGUEZ-PIÑERO/GONZÁLEZ ORTEGA: "Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994", en Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, MP(AEDTSS)-MADRID, 1995., p. 36.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: "La condición más beneficiosa", DL-33/91, p. 55 ss.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "La participación de los trabajadores en la empresa", RPS-121/79, p. 415 ss.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "La negociación colectiva en la Constitución de 1978", en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, CEC-MADRID, 1980; p. 342.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "Aspectos de la negociación colectiva en la crisis económica", en El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los ochenta, IRL-ZARAGOZA, 1983.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "Funciones de los convenios colectivos de sector en la ordenación de la negociación colectiva", en Negociación colectiva y solución de conflictos, p. 39 ss.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "La legitimación para negociar convenios colectivos. el artículo 87 (reformado) del Estatuto de los Trabajadores", en Comentarios a la nueva legislación laboral, p. 174.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "La representatividad sindical (artículos 6º y 7º LOLS)", en Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, TECNOS-MADRID, 1986; p. 189 ss.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO: "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en Comentarios a la leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores (T. XII. V. 2º), EDERSA-MADRID, 1995 (2ª Ed.); p. 129 ss.

ROJO TORRECILLA: "Un nuevo sindicato en una sociedad que cambia", en Estudios sobre flexibilidad laboral, RFDUCM-MADRID, 1988; p. 201 y ss.

ROMAGNOLI: "Autonomia collettiva: antecedenti e prospettive", RTC-1985; p. 218 ss.

ROMAGNOLI: "Politica e tecnica nella contrattazione collettiva", RTDPC-62; p. 241 ss.

ROMAGNOLI: "Un derecho a la medida del hombre", en Estudios sobre flexibilidad laboral, RFDUC-MADRID, 1988; p. 13 ss.

ROLLA: Indirizzo politico e tribunale costituzionale in Spagna, JOVENE-NAPOLI, 1986.

ROMÁN DE LA TORRE: Poder de dirección y contrato de trabajo, VALLADOLID, 1992.

ROMÁN VACA: El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo, CIVITAS-MADRID, 1992.

ROMANO, S.: El ordenamiento jurídico, IEP-MADRID, 1963.

ROMANO, S.: "Ordinamenti giuridici privati.- Autonomia privata (appunti)", RTDP-1955-56; PP. 249 Y 801

ROMANO, S.: en "Contratti collectivi di lavoro e norme giuridiche", ASC-1930; p. 33.

ROMERO DE BUSTILLO: "Voluntad colectiva e individual en la relación laboral", en La administración de los convenios colectivos y su valor normativo, p. 14 ss.

ROQUETA BUS: "La legitimación negocial de las asociaciones empresariales", AL-17/93, p. 325 ss.

ROTSCHILD-SOURIAC: "Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise -quelques illustrations-", DS-11/88; p. 731 ss.

ROTSCHILD-SOURIAC: "Les accords de groupe, quelques difficultés juridiques", DS-91; p. 491 y ss.

ROTSCHILD-SOURIAC: "Les incertitudes juridiques de la négociation d'entreprise", DS-88, p. 731 y ss.

ROTSCHILD-SOURIAC: "Le droit a la négociation et sa sanction", DS-82, p. 729 y ss.

ROZES: "Remarques sur l'ordre public en droit du travail", DS-77, p. 311 ss.

RUBIO LARA: La formación del Estado Social, MTSS-MADRID, 1991.

RUBIO LLORENTE: "La Constitución como fuente del Derecho", en Las fuentes del Derecho, p. 62 ss.

RUBIO LLORENTE: "Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución", en Las fuentes del Derecho, p. 27 ss.

RUSCIANO: Contratto collettivo e autonomia sindacale, EGES-TORINO, 1984.



**SÁEZ LARA:** Representación y acción sindical en la empresa, MTSS-MADRID, 1992.

**SÁEZ LARA:** "La extensión de convenios colectivos: la experiencia española", en La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo, p. 133 ss.

**SÁEZ LARA:** "Los límites de la autonomía individual en la modificación de las condiciones de trabajo", RL-91(II); p. 200 y ss.

**SÁEZ LARA:** "Limitación al deber de negociar en los supuestos de cambio de unidad negocial", RL 5/93; p. 8 y ss.

**SÁEZ LARA:** "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", RL-11/95; p. 55 ss.

**SAGARDY BENGOCHEA:** Las relaciones laborales en la Constitución española, MT-MADRID, 1978.

**SAGARDY BENGOCHEA:** Los principios de aplicación del derecho del trabajo, ACARL-MADRID, 1991.

**SAGARDY BENGOCHEA:** La eficacia de los convenios colectivos y su contenido, en el Estatuto de los Trabajadores, IES-MADRID, s/f.

**SAGARDY BENGOCHEA:** "Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales en España", RL-87(II), p. 237 ss.

**SAGARDY BENGOCHEA:** "Intrahistoria de un proyecto de Ley.- El Estatuto de los Trabajadores", RL 6-7/90; p. 9 y ss.

**SAGARDY BENGOCHEA:** "La estructura de la negociación colectiva antes y después del Estatuto de los Trabajadores", REDT 16/83, p. 503 ss.

**SAGARDY BENGOCHEA:** "Política gubernamental y negociación colectiva en un contexto de crisis económica", en Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón, cit., p. 305 ss.

**SALA FRANCO:** Los convenios colectivos extraestatutarios, IES-MADRID, 1981.

**SALA FRANCO:** La negociación colectiva y los convenios colectivos, DEUSTO-BILBAO, 1990.

**SALA FRANCO:** "Contenido de los convenios colectivos: parte contractual y parte normativa" en, Quince lecciones sobre convenios colectivos, cit., p. 351.

**SALA FRANCO:** "El sindicato más representativo a nivel

estatal. Funciones y competencias" en El nuevo régimen jurídico sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional, CEOE-MADRID, 1985; p. 55 ss.

SALA FRANCO: "Estructura de la negociación colectiva", en La negociación colectiva, p. 39 ss.

SALA FRANCO: "La titularidad del derecho de huelga", en Ley de huelga, p. 25.

SALA FRANCO/OTROS: Derecho del Trabajo, TLB-VALENCIA, 1990.

SALA FRANCO: "Los convenios colectivos extraestatutarios" en Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento jurídico español, p. 43 ss.

SALA FRANCO/ALFONSO MELLADO/PEDRAJAS MORENO: Los acuerdos o pactos de empresa, TLB-VALENCIA, 1996.

SALA FRANCO/GOERLICH PESET, "Sobre las relaciones entre reglamentaciones de trabajo y convenios colectivos", PJ-10/88, p. 187 ss.

SALA FRANCO/PÉREZ DE LOS COBOS/GOERLICH PESET: Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, ACARL-MADRID, 1989.

SALA FRANCO/RAMÍREZ MARTÍNEZ: "La negociación colectiva del personal laboral al servicio del Sector Público", RL-85 (I), p. 269 ss.

SALA FRANCO/RAMÍREZ MARTÍNEZ: "Problemas jurídicos en la aplicación del AES", AL-14/85, p. 741 ss.

SALA/RAMÍREZ/ALBIOL/CAMPS: "Constitucionalización del Derecho del Trabajo", en Los trabajadores y la Constitución, cit., p. 212.

SÁNCHEZ AGESTA: "La jerarquía normativa en la constitución de 1978", en La Constitución española y las fuentes del Derecho, p. 1985 y ss.

SÁNCHEZ FERRIZ: Introducción al Estado constitucional, ARIEL-BARCELONA, 1993.

SANGUINETTI: Lesión de la Libertad Sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y contenido del juicio de antisindicalidad, MTSS-MADRID, 1993.

SANTORO PASARELLI: "Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti fra i sindacati e lo Stato", RDL-56; p. 1 ss.

SANTORO PASARELLI: "L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia", DE-56; p. 1213 ss.

**SANTORO PASSARELLI:** "Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto de sciopero", in Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, PADOVA, 1950 (IV), p. 439 ss.

**SANTOS FERNÁNDEZ/TORRENTE GARI:** "Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despido colectivo", AL-10/95; p. 162.

**SARAMITO:** "Le droit du travail en question", DO-86; p. 39 ss.

**SAVATIER:** "Les accords collectifs d'intéressement et de participation", DS-88, p. 89 ss.

**SAVATIER:** "Accords d'entreprise atypiques", DS-85, p. 188 y ss.

**SAVIGNY:** Sistema del Derecho Romano actual (T. I), GONGORA-MADRID, 1878.

**SCARPONI:** "Legislazione e autonomia colettiva nel <<governo>> della flessibilità: spunti di riflessione comparata", SL-89/90, p. 290 ss.

**SCIARRA:** Contratto collettivo e contrattazione in azienda, FA-MILANO, 1985.

**SCIARRA:** "La libertad sindical en la Europa social", RL-9/92; p. 9 ss.

**SCIARRA:** "Norme <<sociali> e norme <<legali>> nella formalizzazione delle procedure contrattuali" en Studi in Memoriam sir Otto Kahn-Freund, p. 235 ss.

**SCIARRA:** "Per una fase zero della legislazione di sostegno?. Modelli di rappresentanza sindacale a confronto", QL-90.

**SCOGNAMIGLIO:** "Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro" en RDC 71(I), p. 140 ss.

**SÉGUIN:** "Rôle et réalité de la negociation d'entreprise dans les relations sociales d'aujourd'hui", DS-1/88; p. 2 ss.

**SELLIER:** "La fonction de négociation dans la codécision "simple" en Allemagne Fédérale", DS-72, p. 487 ss.

**SEMPERE NAVARRO:** "La ley 32/84 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma", RL-85(I), p. 376 ss.

**SEQUEIRA DE FUENTES:** "El comité de huelga", en Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales, MADRID, 1983, p. 259 ss.

**SIMI:** Il contratto collettivo di lavoro, CEDAM-PADOVA, 1980.

**SINZHEIMER:** "La esencia del derecho del trabajo" (Grundzüge der Arbeitsrechts, 1927) en Crisis económica y derecho del trabajo.- Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo, IELSS-MTSS, MADRID, 1984, p. 67 ss.

**SINZHEIMER:** "La théorie des sources du droit et le droit ouvrier" en Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1934; p. 73 ss.

**SISSON:** Los empresarios y la negociación colectiva. (Un estudio internacional comparado), MTSS-MADRID, 1990.

**SORRENTINO:** Le fonti del diritto, ECIG-GENOVA, 1991.

**SOULIER:** "L'objet de la négociation", DS-90, p. 596 ss.

**SPERDUTTI:** "Applicabilità al diritto del lavoro della nozione di norma di applicazione necessaria", MGL-77; p. 151 ss.

**STAMMLER:** Economía y derecho según la concepción materialista de la historia, REUS-MADRID, 1929.

**SUPIOT:** "Déréglementation des relations de travail et autoréglementation de l'entreprise", DS-3/89; p. 195 ss.

**SUPPIEJ:** "La contrattazione collettiva fra crisi economica e riforme istituzionali", RIL-86 (II); p. 215 ss.

**SYROPOULOS,** "Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique: réflexions en marge d'un congrès", DS-3/82, p. 259 ss.

**TARANTINO:** La Sovranità. Valori e limiti, GIUFFRÈ-MILANO, 1990.

**TOSI:** "Contrattazione collettiva e controllo del conflitto", GDLRI-88; p. 449 ss.

**TREMOLADA:** Concorso e conflitto tra regolamenti collettivi di lavoro, CEDAM-PADOVA, 1984.

**TREVES:** La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas, ARIEL-BARCELONA, 1988.

**TREU:** L'organizzazione sindacale, GIUFFRÈ-MILAN, 1970.

**TREU:** "Cogestione e partecipazione", GDLRI-44/89; p. 597 ss.

**TREU:** "Centralizzazione e decentramento nella contrattazione collettiva: riflessioni comparate", GDLRI-27/85, p. 495 ss.

**TREU:** "La negociación colectiva de empresa: estructura y procedimiento", RL 87(I), p. 907 ss.

**VACHET:** Les conflits entre conventions collectives en droit français (tesis doctoral), UNIV. JEAN MOULIN-LYON, 1977.

**VACHET:** "Les accords atypiques", DS-90; p. 620 y ss.

**VALDEOLIVAS GARCÍA:** Las conductas lesivas de la libertad sindical, CES-MADRID, 1994.

**VALDEOLIVAS GARCÍA:** Antisindicalidad y relaciones de trabajo, CES-MADRID, 1994.

**VALDÉS DAL-RÉ:** Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios, ACARL-MADRID, 1988.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "La negociacion colectiva en la Constitucion", RPS-121/79; p. 469 y ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Relaciones entre norma estatal y norma colectiva: una aproximación", en El Trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca), UZA-ZARAGOZA, 1982, p. 65.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo", en el volumen colectivo La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas, IMPI-MADRID, 1982; p. 17 ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Crisis y continuidad en la estructura de la negociacion colectiva", RPS-83; p. 395 y ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Algunas cuestiones en materia de legitimación para negociar convenios de eficacia general", DL-12/84, p. 30

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral", PEE, 22/85; p. 302 y ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos", AL-27/86, p. 1369 ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Sobre la competencia para dictar actos de extensión", RL-87 (II), p. 3 ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Aspectos constitucionales de la democracia sindical", RL-88(I), p. 30 ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "Representación y representatividad sindicales en España", RL-88(II), p. 145 ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "La adhesión y extensión de convenios colectivos", REDT-36/88; p. 534 ss.

**VALDÉS DAL-RÉ:** "La reestructuración de la negociación colectiva en el sector de la construcción: una experiencia a imitar", RL-89(I), p. 56 ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional", TL 19-20/90; p. 81 ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral", en Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, p. 337 ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "El derecho a la negociación colectiva laboral en la jurisprudencia laboral", RL 1-2/90; pp. 1 ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "El paradigma legal en la negociación colectiva", RL-6 Y 7/90; p. 113 y ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "Negociación colectiva y principio de unidad de empresa", RL-17/91, p. 7 ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "Aplicación inmediata de Ley y Derecho a la negociación colectiva" (I y II), RL-91(I), p. 15 ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "Tutela judicial y autotutela colectiva en la solución de los conflictos colectivos" (I y II), RL 4-5/92, pp. 1 ss.).

VALDÉS DAL-RÉ: "Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral", RL-5/93; p. 1 y ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "La reforma de las reglas de legitimación negocial" (I), (II) y (III), RL 8, 9 y 10/94, pp. 1 ss.

VALDÉS DAL-RÉ: "Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva", RL-5/95, p. 38 ss.

VALTICOS: "Las normas laborales sobre la negociación colectiva", Estudios sobre la negociación colectiva en memoria de Francisco de Ferrari, MONTEVIDEO, 1973.

VARDARO: Contrattazione collettiva y sistema giuridico, JOVENE-NAPOLI, 1984.

VARDARO: Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro, ANGELY-MILANO, 1985.

VARDARO: "Verso un nuovo rapporto tra legge e contratto", PD-85, p. 429 ss.;

VARDARO: "Ordenamiento intersindacale e teoria dei sistemi", GDLRI-1984/21; pp. 1 y Ss.

VARDARO: "Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi", LD-87; pp. 229 Ss.

VARDARO: "La redistribución de las funciones normativas de los convenios colectivos y de la ley en el Derecho del Trabajo italiano", en Estudios sobre flexibilidad laboral, RFDUCM-MADRID, 1988; p.145 ss.

VENEZIANI: Stato e autonomia collettiva, CE-BARI, 1992.

VENEZIANI: "Legge e contrattazione collettiva nel sistema di relazione industriali", In memoriam Sir Otto Kanh-Freund, MUNICH, 1980, p. 275 ss.

VENEZIANI: "Negociación colectiva y disciplina autónoma del conflicto", en La negociación colectiva en América Latina, IERI/TROTTA, 1993; p. 33 ss.

VENEZIANI: "I paradosi della Liberta Sindacale", PD-85; p. 465 y ss.

VENEZIANI: "Legge e contrattazione: modelli di comparazione", GDLRI-81; p. 621 ss.

VERDIER: "La Constitución Española, los sindicatos y el derecho sindical" en, Los trabajadores y la Constitución p. 37 ss.

VERDIER/LANGLOIS: "Aux confins de la théorie des sources dudroit: une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif", RDS-3/72, p. 254.

VIDA SORIA: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en Estudios en memoria del profesor G. Bayón Chacón, cit., p. 621 ss.

VILLAR PALASÍ: Principios de derecho administrativo. - T. I: Concepto y Fuentes. SPUCM-MADRID, 1987.

VILLEY: Philosophie du droit, V.I, DALLOZ-PARIS, 1986 (4° Ed.).

VULLIERME: "Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit)", en Les sources...cit., p. 5 ss.

WEBER: Economía y sociedad, FCE-MÉXICO, 1944.

WEBER: Ensayos sobre metodología sociológica, AMORRORTU-B.AIRES, 1990.

WEDDERBURN/SCIARRA: "Il contratto collettivo come accordo e come legge. Recenti tendenze neo-contrattualiste e neo.corporative", RDC-89(I); p. 45 ss.

ZACHERT: "La autonomía de los sindicatos y la intervención del Estado en la negociación colectiva" en La negociación colectiva en América Latina, p. 133 ss.

ZAFRA VALVERDE: El derecho como fuerza social, UN-PAMPLONA, 1964.

ZAGREBELSKY: La giustizia costituzionale, BOLOGNA, 1988.

ZAGREBELSKY: Manuale di Diritto Costituzionale, V. I: Il

sistema delle fonti del diritto, UTET-TORINO, 1992.

ZANGARI: "Appunti sulla natura giuridica del contratto collettivo <<articolato>>", RDL-63, p. 25 ss.

ZANGARI: "Per una disciplina legislativa del contratto collettivo", MGL-85; p. 296 ss.

ZOLI: "Metodo interdisciplinare e attività del giuslavoralista", LD-3/90, p. 407 ss.

ZORRILLA RUIZ: "La estructuración de la negociación colectiva a través de los acuerdos interprofesionales", en Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral, IELSS-MADRID, 1985, pp. 12 ss., 93 ss. y 43 ss.